Die Rechtsnatur des Pfandleihgeschäfts

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Julius Frohnert
Syndikus

Druck: Dr. Hermann Eschenhagen, Kommanditgesellschaft, Ohlau i. Schl.

1928

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis:

Literaturverzeichnis VII
Gerichtliche Entscheidungen X
§ 1. Die geschichtliche Entwicklung des Pfandleihgeschäfts . . . 1
§ 2. Begriff und Wesen der Pfandleihe 3
§ 3. Die Entstehung des Pfandleihgeschäfts 7
§ 4. Die bei dem Pfandleihgeschäfte zu schließenden Verträge . . 8
§ 5. Der Darlehnsvorvertrag — Terminologie, jur. Existenz und Wesen des Darlehnsvorvertrages 8
§ 6. Der Darlehnsvertrag
a) Wesen und Entstehung des Vertrages 13
b) Die aus dem Darlehnsvertrage entstehenden Verpflichtungen 19
c) Die Beschränkung der Vertragsfreiheit hinsichtlich Zinsen, Fälligkeit, Kündigung und Prolongation des Darlehns 19
§ 7. Das Verpfändungsversprechen 22
§ 8. Der Pfandvertrag
a) Voraussetzung für die Entstehung des vertragsmäßigen Pfandrechts 25
b) Umfang der Pfandhaftung 26
c) Erfordernisse der Pfandbestellung 26
d) Gegenstand des Pfandrechts 32
§ 9. Rechte und Pflichten des Pfandleihers und des Verpfänders aus dem Pfandleihgeschäft 34
§ 10. Die Beendigung des Pfandleihverhältnisses 47

Literaturverzeichnis.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 31 (1892) S. 190 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. — Erlangen 1879.

„ Kritische Blätter. — Bd. 1—4. Erlangen 1852.

Brunner, Die Wertpapiere in W. Endemanns Handbuch für Handels-, Wechsel- und Seerecht. — Bd. 2, Leipzig 1882.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. — Bd. 1, 2. Aufl. 1899, Bd. 2, 1. Aufl. 1899.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Schuldverhältnisse, Sachenrecht. — 1902.

„ Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach röm. und heutigem Reichsrecht. — 1897.

Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 71 — 1884.

Demelius, E., Pfandrecht an beweglichen Sachen nach dem österr. bürgerl. Recht mit besonderer Berücksichtigung des Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. — Wien und Leipzig 1897.

Dernburg, Pandekten (P) 1903.

„ Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.

„ Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. — Bd. 1.

Drucksachen des Herrenhauses. — 1880/81.

Düringer—Hachenburg, Handelsrecht.

Eck, Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. 1, 2. Aufl. — Berlin 1903.

Eisele, Ueber Realkontrakte. In Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 25.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 1 und 2 — Berlin 1903.

Endemann W., Handbuch des deutschen Handels, — Wechsel- und Seerechts — 1912.
Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin Bd. 1 und 2 — 1889.
Enneccerus—Kipp—Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. — Marburg 1910.
Fischer—Henle, B. G. B., 6. Aufl., — 1904.
Förster—Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. 3, Berlin 1873.
„ Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preuß. Privatrechts Bd. 2, — Berlin 1887.
Gareis, Ueber Legitimationszeichen. In Busch's Archiv für Theorie und Praxis, für Handels- und Wechselrecht. — 1897.
Goldmann-Lilienthal, Das B. G. B., Bd. 1, 2. Aufl. — Berlin 1903.
Hetzer, Das gegenwärtige öffentliche Leihhaus in Deutschland mit besonderer Berücksichtigung des Leipziger Leihhauses, Borna—Leipzig 1907.
Höinghaus, Das neue Gesetz betr. das Pfandleihgewerbe. — Berlin 1881.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerl. Recht des Deutschen Reiches. In Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 8 S. 1 ff.
„ In Ehrenberg's Handbuch des Handelsrechts Bd.4, Abt. 1 — 1917.
Juristische Wochenschrift 1884.
„ Wochenschrift 1909.
Kayser—Steininger, Gewerbeordnung.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. — 1906.
„ Das Vereinbarungsdarlehn. Im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 2 und 33.
Kolisch, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich und Preußen. — Leipzig 1901.
Kuhlenbeck, Das B. G. B. für das Deutsche Reich. — 1903.
Lehmann—Ring, Lehrbuch des Handelsrechts.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, 5. Heft — Breslau 1901.
Marcuse, In den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts Bd. 1 — 1891.

Meibom, von, Das deutsche Pfandrecht — Marburg 1867.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe (1888).
Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland — Halle 1865.
Oertmann, Kommentar zum B G. B. — 1908.
Olshausen, Die Regelung des Pfandleihgewerbes. Im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich von Schmoller, Bd. 30.
„ Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 7. Aufl. — Berlin 1906.
Pfordten, von der, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht — Erlangen 1840.
Planck, Kommentar zum B. G. B. — 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs — Berlin 1897.
Regelsberger, Pandekten — 1893.
„ In Iherings Jahrbuch, Bd. 52, S. 410 ff.
Rohrscheidt, von, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich in der Redaktion vom 26. Juli 1900, mit sämtlichen Ausführungsbestimmungen für das Reich und Preußen — Leipzig 1901.
Sintenis, Zivilrecht — 1869.
Sohm, Institution und System des röm. Rechts.
Schey, von, Die Obligationsverhältnisse des allgem. österr. Privatrechts — Wien 1890.
Schloßmann, Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkonkrakte. In Iherings Jahrbüchern, Band 45, S. 1 ff.
Schmoller, Die öffentlichen Leihhäuser sowie das Pfandleih- und Rückkaufsgeschäft überhaupt. Im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, herausgegeben von Holzendorff und Brentano, neue Folge, 4. Jahrg., Heft 1 — Leipzig 1880.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Bd., 8. Aufl. — Berlin 1906.
Staudinger, von, Kommentar züm Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze — Berlin 1910.
Stengel, von, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. 2 — Freiburg 1890.

Stinzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, Heft 1 — Jena 1903.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. — 1901.

Storch, Der heutige, insbesondere landesrechtliche Darlehnsvertrag — 1878.

Stranz und Gerhard, Das Preuß. Ausführungsgesetz zum B. G. B. — Berlin 1900.

Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. — Leipzig 1879.

Gerichtliche Entscheidungen.

I. Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. G. E. Bd. 12, S. 87; Bd. 30, S. 215; Bd. 39, S. 232 und 352; Bd. 52, S. 306; Bd. 53, S. 218; Bd. 58, S. 71 ff; Bd. 66, S. 258 und 361; Bd. 71, S. 113 und 248; Bd. 74, S. 146; Bd. 77, S. 208; Bd. 79, S. 361.

II. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
R. G. E. Bd. 8. S. 269; Bd. 12. S. 216.

III. Entscheidungen des Kammergerichts.
Bd. 4. S. 154.

IV. Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Bd. 5. S. 323; Bd. 22. S. 291.

Die Rechtsnatur des Pfandleihgeschäfts.

§ 1.

Die geschichtliche Entwicklung des Pfandleihgeschäfts.

Das Pfandleihgeschäft war dem römischen Rechte noch fremd und hat sich erst im Mittelalter entwickelt. Seinen Ursprung hat es in Italien. Da die Christen im früheren Mittelalter auf Grund des kanonischen Wucherverbots keinerlei Vergütung für das Gewähren von Darlehen beanspruchen dürften, lag der Leihverkehr in den Händen der Juden; denn auf diese erstreckte sich das Zinsverbots nicht, ihnen wurde vielmehr das Recht auf Zinsen nach einigen Quellen ausdrücklich zuerkannt.[1] Infolge des wirtschaftlichen Aufschwungs im 12. und 13. Jahrhundert und des immer wachsenden Kreditbedürfnisses entwickelte sich das Pfandleihgeschäft als die allgemeinste Kreditform, deren sich Handwerker, Bürger, ja selbst Bischöfe und Fürsten bedienten, derartig, daß man ohne gesetzliche Regelung nicht mehr auskommen zu könne glaubte. Solche gesetzlichen Bestimmungen finden wir z. B. in einem Judenprivileg Friedrich des II. von 1236, im Augsburger Stadtrecht von 1276 und in der Straßburger Judenordnung von 1375; ferner in Venedig, Nürnberg, Köln usw. Diese Bestimmungen enthielten sowohl Vorschriften rechtspolizeilichen als auch privatrechtlichen Inhalts. Ohne Rücksicht auf diese Verordnung steigerten die Juden jedoch ihre Zinsforderungen bis ins Unermeßliche und bereicherten sich leicht und schnell aus den Pfandleihgeschäften auf Grund ihrer privilegierten Stellung zum Schaden der armen christlichen Bevölkerung. Allmählich aber griff in den Herzen der gedrückten Klassen des Volkes ein erbitterter Haß gegen die Juden Platz, der noch mehr geschürt durch die Wucherlehre der Bettelmönche zu den Judenverfolgungen vom Beginn der Kreuzzüge bis gegen 1400 und zu den Schuldkassationen führte. Es bestand eben zwischen den aus dem christlichen Zinsverbot erwachsenden Verhältnissen einerseits und der privilegierten Stel-

1) cf. Meibom S 113; Neumann S. 314.

lung der Juden andererseits ein Zwiespalt, der bis zu Anfang des 15. Jahrhunderts dauerte. Von da ab fing das kanonische Wucherverbot an, sich allmählich zu mildern, bis gegen Ende des 15. Jahrhunderts infolge der Gründung der Pfandleihhäuser, der sogenannten montes pietatis, durch die Franziskanermönche in Italien ein völliger Umschwung eintrat. Diese Anstalten waren dazu bestimmt, gegen Faustpfand Kredit zu gewähren, um das ärmere Volk aus den Händen der wucherischen Juden zu befreien.[1] Der erste monte di pietà wurde 1462 in Perugia gegründet, dem dann während der folgenden Jahrhunderte in zahlreichen Ländern Europas eine große Anzahl ähnlicher Anstalten folgte. So errichtete man in Deutschland in der richtigen Erkenntnis des wirtschaftlichen und politischen Wertes dieser neuen italienischen Schöpfungen z. B. in Nürnberg im Jahre 1498 eine Wechselbank, die auch Pfandleihzwecken dienen sollte. In Augsburg gründete der Magistrat im Jahre 1591 ein Leihhaus[2] und gab 1607 eine Leihhausordnung dazu heraus. Dem Beispiele von Augsburg folgten dann im Jahre 1650 Hamburg und Ulm. Im Jahre 1692 wurde in Berlin mit Hilfe der kgl. Seehandlung ein staatliches Leihhaus gegründet mit dem Ziele, dem gewerblichen Mittelstand und dem kleineren Handel als Kreditinstitut zu dienen. Dieses Leihhaus wurde das Muster für ähnliche Anstalten in ganz Preußen. So entstand im Jahre 1797 ein Städtisches Leihhaus in Breslau.[3] Im übrigen erfolgte die Einrichtung von Leihhäusern meistenteils durch die Städte, die von ihr eine Erleichterung der Armenlasten erhofften. Auch heute noch dienen die Leihhäuser zugleich dem öffentlichen Interesse. Trotzdem mit der Zeit eine ganze Anzahl von Leihhäusern entstanden war, war der Pfandleihverkehr nicht ausschließlich auf sie angewiesen. Vielmehr bestanden neben ihnen noch eine ganze Reihe von Privatpfandleihern, deren Gewerbebetrieb aber fast in allen Ländern konzessionspflichtig ist. (§ 34 der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 26. 7. 1900 — R. G. Bl. S. 871.)

1) cf. Neumann aaO. S. 350; Schmoller S. 93; Hetzer aaO.

2) 1601 reorganisiert besteht es noch heute.

3) cf. Schmoller S. 95 ff; Hetzer aaO.

§ 2.

Begriff und Wesen der Pfandleihe.

Was nun unter „Pfandleihe" zu verstehen ist, darüber gibt uns das B. G. B. keinen Aufschluß. Es kennt den Begriff „Pfandleihe" überhaupt nicht. Das Einführungsgesetz zum B. G. B. hat vielmehr im Art. 94 bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandanstalten betreffen, unberührt bleiben. Die landesrechtlichen Vorschriften sind daher für die Erfordernisse und Wirkungen derjenigen Rechtsgeschäfte maßgebend, die der Betrieb des Pfandleihgeschäftes mit sich bringt. Dies gilt sowohl von den landesrechtlichen Vorschriften, die bei Inkrafttreten des Einführungsgesetzes zum B. G. B. bereits bestanden, als auch von einer späteren landesgesetzlichen Regelung.[1] Die Pfandleihe ist daher in fast allen deutschen Ländern besonderen rechtlichen Regeln unterworfen. Einige dieser gesetzlichen Bestimmungen gehen von dem Begriff des Pfandleihers aus, indem sie ihn am Eingange ihrer Gesetze besonders festlegen. Aber auch, soweit von einer besonderen Definition abgesehen ist, verweisen doch alle Länder für die Begriffsbestimmung auf die §§ 34 und 38 der Gewerbeordnung, da die landesgesetzlichen Vorschriften zur Ausführung der Gewerbeordnung erlassen sind.

Von den wenigen Landesgesetzen, die uns eine Definition des Pfandleihers geben, sei hier der § 1 des Hamburgischen Gesetzes angeführt.[2] Dort heißt es: „Als Pfandleiher sind alle Personen anzusehen, welche gewerbsmäßig auf einzelne Pfänder, als Wertsachen, Mobilien, Geräte, Kleider usw. Geld verleihen oder welche gewerbsmäßig dergleichen Sachen mit Gewährung des Rückkaufrechtes, ankaufen. Im Abs. 2 ist dann gesagt, daß kaufmännische Verpfändungen durch dieses Gesetz nicht berührt werden." Das Hamburgische Gesetz spricht demnach nur von Personen, die in Beziehung auf das Gesetz als Pfandleiher anzusehen sind, gibt uns dagegen keine allgemeine Definition für den Begriff des Pfandleihers oder des Pfandleihgewerbes. Das Pfandleihgewerbe besteht in der gewerbsmäßigen Gewährung von Darlehen

1) Ebenso Staudinger E. G. z. B. G. B. Bem. 2. Abs. 2 zu Art. 94.

2) Hamburg. Gesetz betreffend die Pfandleiher Ordnung, v. 10. Dez. 1880 (Gesetzsammlung Nr. 37) § 1.

auf Pfänder. Das Reichsgericht[1] geht bei der Festlegung dieses Begriffs bis auf die erstgesetzliche Regelung in Preußen zurück. Der Sprachgebrauch der preußischen Gesetzgebung verstehe unter Pfandleihgeschäften nur die Gewährung von Darlehen, also das Geldverleihen auf Pfänder. Dies lasse das Reglement[2] von 1787, von dem andere als Pfandleihgeschäfte garnicht betroffen würden, in den immer wiederkehrenden Worten[3] „Darlehen" und „Geldverleihen" klar erkennen; ebenso die Deklaration von 1803 und das A. L. R. I 20 §§ 263 ff. Auch ließe weder die preußische Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 § 49, noch das preußische Strafgesetzbuch § 349 Ziffer 6 eine andere Auslegung zu. Dieselbe Bedeutung sei später auch den §§ 34, 38 der Reichsgewerbeordnung zu Grunde gelegt. Unter den Begriff des Pfandleihgewerbes im Sinne der Reichsgewerbeordnung fallen aber nicht die Lombardgeschäfte des Bankiergewerbes, ebensowenig wie das Beleihen von Immobilien, also das Ausleihen von Geld auf Hypotheken. Dies ergibt sich sowohl aus den Motiven zum Entwurf der Gewerbeordnung als auch aus der Begründung der Novelle zur Gewerbeordnung von 1879. In den Motiven[4] ist das Verlangen des im Entwurf geforderten Zuverlässigkeitsnachweises in der Sorge für den Schutz des Eigentums resp. für die Abwehr gewerbsmäßiger Unterstützung der gegen das Eigentum gerichteten Verbrechen und Vergehen begründet worden, da das Pfandleihgewerbe leicht zu Diebeshehlerei gemißbraucht werden kann. Diese Gründe sind unzutreffend für das Lombardgeschäft und das Hypothekendarlehen. Der Gesetzgeber kann daher nur das gewerbsmäßige Leihen von Geld gegen Verpfändung beweglicher Gebrauchsgegenstände gemeint haben, welche Ansicht auch ausschließlich in der Literatur vertreten wird.[5] Daß für die Verpfändung nur Faustpfänder in Betracht kommen, geht aus der in den einzelnen Gesetzen immer wiederkehrenden Ausdrucksweise „die übergebenen Pfänder" und aus der Verpflichtung über die Aufbewahrung und Haf-

1) RGE in Strafsachen: Bd. 12 S. 216.

2) Pfand- und Leihreglement für die preuß. Staaten vom 13. März 1787 und die dazu erlassene Deklaration vom 4. April 1803 (heute beide aufgehoben)

3) Z. B. in den §§ 1, 4, 6, 60, 83, 90, 99 des Reglements.

4) Kollers Arch. III. S. 79.

5) Kolisch S. 308; Rohrscheidt S. 185; Kayser-Steiniger, Gew.-Ordn. S. 96 zu § 34, Note 4; Seidel § 7, S. 661; Lexis in Stengels W. B. II S 233; Endemann Lehrbuch d. H. R. Lehmann-Ring, Anm. 6 z § 1 S. 24; Staub H. G B. Anm. 69 z. § 1, S 49. R. G in Zivilsachen Bd. 39; S. 352; Kammergerichtsentscheidung Bd. 4 S 154; R. G. in Strafsachen Bd. 12 S. 216; Olshausen Bd. II S. 1223 z. § 290; Stranz u. Gerhard Art. 41, Anm. 5 S. 256.

tung für den Untergang der Pfandsache hervor. Aber auch Wertpapiere, allerdings mit Einschränkungen, können Gegenstand des Pfandrechtes bei der Pfandleihe sein. Das kommt besonders in dem preußischen Gesetz betr. das Pfandleihgewerbe vom 17. März 1881 in den §§ 10 ff zum Ausdruck, die die Versteigerung des Pfandes behandeln. Aus diesen Vorschriften aber den Schluß zu ziehen, die Beleihung aller Werte, über die eine Urkunde ausgestellt ist, also auch die von Schuldurkunden, gehöre zu Pfandleihgeschäften, hält auch das Reichsgericht nicht für zulässig.[1] Kraft positiver Gesetzesvorschrift (Gewerbeordnung § 34 Abs. 2) ist nun der Begriff Pfandleihe ausgedehnt auf das Rückkaufgeschäft, d. h. den gewerbsmäßigen Ankauf von beweglichen Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts. Gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 der Gewerbeordnung soll in diesen Fällen die Zahlung des Kaufpreises als Hingabe des Darlehns der Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem vereinbarten Rückkaufpreis als bedungene Vergütung für das Darlehen und die Uebergabe der Sache als Verpfändung derselben für das Darlehen gelten. Diese Geschäfte, Rückkaufgeschäfte, kleiden die Sicherheitsbestellung zugunsten des Darlehensgebers in ein Kaufgeschäft mit dem Recht des Verkäufers, innerhalb einer bestimmten Frist die verkauften Sachen unter bestimmten Bedingungen zurückkaufen zu können.[2] Diese fiduciarische Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken unterliegt, da sie an sich kein Pfandrecht ist, auch nicht den pfandrechtlichen Bestimmungen an sich. Hier kommen, wenigstens nach außen hin, die Eigentumsregeln zur Anwendung, im Innenverhältnis allerdings gelten auf Grund des pactum fiduciae Pfandregeln. Demnach also betreiben der Rückkaufshändler und der Pfandleiher rechtlich verschiedene Geschäfte, in tatsächlicher und wirtschaftlicher Beziehung dagegen verfolgen beide denselben Zweck. Mißbräuche und Wucher insbesondere beim Rückkaufshandel, der infolge seiner freien Stellung das Publikum ausbeutet, waren Anlaß genug, um durch die Novelle zur Gewerbeordnung vom 23. Juni 1879 Art. 4, I. das Rückkaufsgeschäft abzuschaffen, indem dieses Geschäft der Pfandleihe in allen Punkten gleichgestellt wurde. (Vgl. RGE. i. Zivilsachen Bd. 79 S. 361). Hiernach finden sämtliche Bestimmungen, die für die Pfandleihe erlassen sind, auch für die

1) RGE i. Zivilsachen Bd. 39 S. 352.

2) Reichsgesetz v. 23. Juni 1879 Art. 4, III.

Rückkaufshändler Anwendung. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen den beiden Arten von Kreditgeschäften.

Wir kommen demnach zu folgendem Ergebnis: „Pfandleiher ist, wer es gewerbsmäßig, d. h. planmäßig mit Gewinnabsicht und in privater Art unternimmt, Geld gegen Verpfändung beweglicher Gebrauchsgegenstände oder auch von Wertpapieren als Darlehen zu geben."

Von den landesgesetzlichen Bestimmungen, die auf Grund des Art. 94 E. G. z. B. G. B. für den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und Pfandleihinstitute in Geltung sind, sollen in dieser Arbeit besonders die preußischen berücksichtigt und aufgeführt werden: Es gelten in Preußen:

Gesetz vom 17. März 1881 betr. das Pfandleihgewerbe (Ges. Sammlung S. 265 Nr. 13) mit geringfügigen Abänderungen durch das Ausführungsgesetz zum B. G. B. vom 20. September 1899 Art. 41 Ges. Sammlung S. 177. Außerdem hat auf Grund des § 38 Abs. 1 Gew. Ordn. Preußen folgende Bekanntmachungen durch seine Zentralbehörden erlassen:

Bekanntmachung vom 16. Juli 1881 des Ministers des Innern betr. die Ausübung des Pfandleihgewerbes (Min. Bl. S. 169), abgeändert durch

Bekanntmachung vom 10. April 1908

des Ministers des Innern betr. den Gewerbebetrieb der Pfandleiher (Min. Bl. S. 85.)

Bekanntmachung vom 11. Juli 1902 des Ministers des Innern betr. den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen der Pfandleiher. (Min. Bl. S. 135.)

Ferner finden wir in § 34 der Gewerbeordnung eine Bestimmung, wonach der Geschäftsbetrieb der Pfandleiher einer besonderen Erlaubnis bedarf. Alle diese oben angegebenen gesetzlichen Vorschriften und Bekanntmachungen aber stellen zum größten Teil nur Richtlinien auf, die sich auf den Geschäftsbetrieb der Pfandleiher beziehen. Dagegen sprechen sie nicht von den Rechtsfolgen, die der Geschäftsverkehr der Pfandleiher mit dem Publikum erzeugt. Hier greifen, soweit keine entgegenstehende Vorschrift besteht, die Vorschriften des B. G. B. ein.

Die nachfolgende Darstellung nun hat es sich zur Aufgabe gestellt, die rechtliche Natur des Pfandleihgeschäftes zu erörtern. Dabei soll, soweit es für die Aufgabe erforderlich ist, auf die problematischen

allgemeinen Vorfragen über die Existenzberechtigung und rechtliche Natur der bei der Pfandleihe zu schließenden anderen Verträge wie Darlehensvorverträge, sodann auf die Frage, ob das Darlehen als Real- oder Konsensualvertrag aufzufassen ist, nur im großen und ganzen eingegangen werden und die Gründe, die für den in diesen Fragen im folgenden vertretenen Standpunkt sprechen, lediglich in Umrissen aufgezeichnet werden.

§ 3.

Die Entstehung des Pfandleihgeschäftes.

Unter dem Ausdruck „Pfandleihgeschäft" sind die gesamten rechtlichen Beziehungen zwischen dem Pfandleiher und dem darlehenssuchenden Verpfänder zu verstehen. Um zu einem Darlehen gegen Pfand zu gelangen, sind mehrere Verträge abzuschließen, die in Tatsächlichkeit meistens zusammenfallen werden, in rechtlicher Hinsicht jedoch streng auseinander zu halten sind. Es kommen hier in Frage der Darlehensvertrag im Sinne des § 607 B. G. B., ein pactum de mutuo dando, der Verpfändungsvertrag, das obligatorische Kausalgeschäft der Pfandbestellung und drittens der dingliche Vertrag, die Einigung, durch welche der Gegenstand zum Pfand gegeben wird (§ 1204 B. G. B.) In Wirklichkeit spielt sich der Abschluß eines Pfandleihgeschäfts meistenteils in folgender Weise ab: Der Darlehnssucher begibt sich mit einem ihm entbehrlichen Gebrauchsgegenstand zum Pfandleiher und fragt ihn, wieviel er darauf leihen wolle. Der Pfandleiher schätzt den Gegenstand ab und bietet dem Darlehnssucher einen gewissen Bruchteil (durchschnittlich 3/4 bis 4/5%) als Darlehen an. Je nach der Art des Gegenstandes, den Umständen, die seine Verwahrung verursacht, der Gefahr des Unterganges, der Verschlechterung und der Wertminderung wird die Beleihungsgrenze eine andere sein. Der Pfandleiher muß bei Bemessung des Darlehens berücksichtigen, daß er auch bei Nichtzahlung der Zinsen durch den Verkauf des Pfandgegenstandes für den Zinsausfall gedeckt wird. Erscheint dem Darlehnssucher die Summe, die ihm der Pfandleiher bietet, angemessen, so übergibt er ihm den Gegenstand. Der Pfandleiher erledigt die Eintragung ins Pfandbuch sowie die Ausstellung des Pfandscheines und händigt daraufhin dem Verpfänder das Darlehen aus.

In dieser oder wenigstens ähnlicher Weise kommt tatsächlich ein Pfandleihgeschäft zustande. Juristisch ist aber von dem Dar-

lehnsgeschäft auszugehen, weil dessen Vorhandensein bei der Verpfändung vorausgesetzt wird.

§ 4.

Die bei dem Pfandleihgeschäfte zu schließenden Verträge.

In der Frage des Darlehnssuchers, wieviel der Pfandleiher ihm „leihen" wolle unter der Voraussetzung, daß er ihm den Gebrauchsgegenstand verpfände, liegt kein Begehren einer bestimmt bezifferten Summe als Darlehen, sondern nur ein Verlangen einer so hohen Darlehnssumme als der zum Pfande dargebotene Gegenstand Belastung vertragen kann. Ein solches Begehren ist nicht etwa schon eine Offerte zum pactum de mutuo dando; denn es ist davon auszugehen, daß ein Antrag so beschaffen sein muß, daß durch dessen Annahme der Vertrag unmittelbar fertig werden kann, wozu die Höhe der Darlehnsvaluta unbezweifelt gerechnet werden muß, sondern es stellt sich benanntes Begehren dar als eine Aufforderung zur Abgabe einer Offerte zu einem Darlehnsvortrage, gleichzeitig aber auch als eine Offerte zu einem Verpfändungsvertrage eines Gegenstandes zum künftigen Pfande für eine künftige Forderung.

§ 5.

Der Darlehensvorvertrag.

Terminologie, jur. Existenz und Wesen des Darlehnsvorvertrages.

Der Darlehnsvorvertrag nun kommt in dem Moment zustande, in dem der Pfandleiher dieser Aufforderung nachkommt, dem Verpfänder nach Abschätzung des Gegenstandes eine Geldsumme als Darlehen verspricht, und der Verpfänder seinerseits das Versprechen annimmt. Aus dem Vorvertrage ist der Pfandleiher verpflichtet, mit dem Verpfänder den künftigen Vertrag, den Darlehnsvertrag abzuschließen, d. h. ihm, dem Verpfänder, die Darlehnssumme gegen das zu stellende Pfand zu übergeben. Auf der anderen Seite ist der Verpfänder verpflichtet, die Darlehnssumme anzunehmen.

Ueber die Daseinsberechtigung und die rechtliche Natur des Vorvertrages zum Darlehen herrscht in der Literatur vielfach Streit, auf den wir im folgenden eingehen wollen. —

Das Wort Vorvertrag und sein Begriff ist in bekanntester Weise von Thöl[1] präzisiert worden, der unter Vorvertrag einen Vertrag

1) Thöl H. R. Bd. 1, S. 778.

des Inhalts versteht, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also einen gegenwärtigen Vertrag, der einen künftigen Vertrag verspricht. Den künftigen Vertrag nennt Thöl Hauptvertrag. Adler[1] bezeichnet ihn als Erfüllungs- oder Ausführungsvertrag, da man den Begriff Hauptvertrag in der Regel im Gegensatz zum Nebenvertrage gebrauche und vielleicht verleitet werden könne, den Vorvertrag (als Nebenvertrag) als unselbständigen Vertrag anzusehen. Aber dies Bedenken scheint unerheblich, da der Begriff Vorvertrag sich in dem von Thöl gebrauchten Sinne eingebürgert hat.[2] Aus der von Thöl geprägten Bezeichnung „Vorvertrag" ergibt sich nun zweierlei:

1) Der Vorvertrag ist Vertrag, d. h. ein Rechtsschäft, das durch die Vereinigung zweier korrespondierender Willenserklärungen zustande kommt.

2) Der Vorvertrag muß einem anderen Geschäfte zeitlich vorangehen. Der Vorvertrag ist also kein unvollständiger Vertrag, der durch den in ihm versprochenen Vertrag erst ausgeführt oder ergänzt werden müßte. Ein derartiger unvollständiger Vertrag, der noch der Ergänzung bedarf, ist als ein Vertrag im Rechtssinne überhaupt nicht anzusehen. (Degenkolb i. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 28).

Die Vorverträge können einseitige und zweiseitig verpflichtende sein. Ein einseitiger Vorvertrag ist dann gegeben, wenn nur der eine der Kontrahenten zur Mitwirkung bei dem Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet ist. Von einem zweiseitig verpflichtenden V. V. spricht man dagegen, wenn beide Kontrahenten zur Leistung verpflichtet sind, wenn beide den Abschluß des Hauptvertrages zu fordern berechtigt und jeder diesem Verlangen zu entsprechen verpflichtet ist. Streng zu scheiden ist der Vorvertrag von Traktaten und Punktationen. Während die letzteren die Parteien noch nicht verpflichten, bindet der V. V. die Parteien rechtlich. Was die Form des V. V. anbetrifft, so ist anzunehmen, daß sie, falls der Hauptvertrag einer gewissen Form, wie z. B. B. G. B. § 313, 518, 761, 766 usw. bedarf, auch auf den V. V. anzuwenden ist. (Stintzinz aaO. S. 45).

---

1) Adler S. 222.

2) Brinz S. 324 weist treffend darauf hin, daß die Bezeichnung Vorvertrag auf die Klarlegung des Zeit- und nicht des Rechtsverhältnisses abziele.

Nun gibt es schuldrechtliche, sachenrechtliche, familien- und erbrechtliche Verträge. Doch nicht zu allen diesen Verträgen sind Vorverträge denkbar, sondern nach herrschender Ansicht nur zu schuldrechtlichen Verträgen; nur dann liegt ein Vorvertrag vor, wenn man ein Versprechen gibt, wenn also das Hauptgeschäft ein Versprechen darstellt wie der Vorvertrag selbst.[1]

Der Inhalt des Vertrages ergibt sich bereits aus seiner Begriffsbestimmung: Die Parteien geben und nehmen das Versprechen, einen anderen Schuldvertrag abschließen zu wollen. Es liegt auf der Hand, daß die Parteien hierbei alle wesentlichen Punkte des künftigen Vertrages angeben müssen, soweit als dies zur Gültigkeit des künftigen Vertrages selbst erforderlich ist. Welchen Inhalt im einzelnen der Vorvertrag hat und haben muß, hängt davon ab, auf welchen Hauptvertrag er abzielt.

Alle Vorverträge, vorausgesetzt, daß sie nicht müßig sind, sind Sicherungsgeschäfte.[2] Dieser Satz Eiseles hat allgemeine Anerkennung gefunden: Der praktische Zweck des Vorvertrages ist der eines Sicherungsgeschäftes. Zudem bietet der Vorvertrag manche Vorteile. Beim gewöhnlichen Vertragsabschluß wird der Inhalt des Antrages und damit des ganzen Vertrages einseitig vom Antragenden bestimmt. Denn, nimmt der Empfänger den Antrag nicht so wie er ist an, so ist der Antrag abgelehnt. Den Inhalt der Antwort setzt der Empfänger fest; dieser Inhalt bildet aber wieder einen neuen Antrag, an den jetzt wieder der frühere Antragende, der jetzige Empfänger, gebunden ist. Einigen sich aber beide Parteien schon vorher über den Inhalt des Antrages, so haben sie den Vorteil, daß beide den Inhalt des zukünftigen Vertrages festsetzen, ohne schon den Vertragsabschluß selbst herbeizuführen.

Gegen die Zulässigkeit des Vorvertrages zum Darlehen läßt sich Stichhaltiges nicht vorbringen. Das Gesetz nennt zwar den Vorvertrag zum Darlehen nicht, seine Fassung ergibt aber, daß es ihn kennt. Im § 610 B. G. B. ist von dem Versprechen der Hingabe eines Darlehns die Rede. Dies ist noch kein Darlehnsvorvertrag; denn das Versprechen ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das erst mit Zugehen der Willenserklärung wirksam und Vertrag wird, wenn der Empfänger dem Versprechenden die Annahme erklärt. § 610

---

1) Kohler B. F. B. I. S. 553; Degenkolb aaO.

2) Eisele S. 24.

B. G. B. gibt dem Darlehnsempfänger unter Umständen das Recht, einseitig von der Verpflichtung zur Hingabe des Darlehns befreit zu werden, der Darlehensversprecher darf unter gewissen Umständen sein Versprechen widerrufen. Da man nun einen Vertrag nicht einseitig widerrufen kann, sondern nur eine eigene Erklärung, konnte das Gesetz nur sagen: „Der Versprechende kann sein Versprechen widerrufen.“ Hieraus ergibt sich aber m. E., daß das Gesetz einen Vorvertrag zum Darlehn kennt.[1] Die Motive[2] betonen, daß das B. G. B. den Vorvertrag mangels zureichenden Bedürfnisses nicht zum Gegenstand allgemeiner Regelung gemacht habe; daß aber ein Vorvertrag möglich und zulässig sei, könne einem begründeten Zweifel nicht unterliegen. Es ist demnach unrichtig, wenn Storch die logische Möglichkeit des Vorvertrages zum Darlehen mit den Worten leugnet: „Entweder schließt die reale Natur des Darlehns die Möglichkeit einer Obligation auf Hingabe oder Abnahme eines Darlehns aus, oder es schließt die Obligatio, ein versprochenes Darlehen zu geben, resp. anzunehmen, die Möglichkeit der realen Natur des Darlehns aus.[3] Andererseits erscheint auch die Ansicht Schloßmanns[4] nicht richtig, nach welcher jedem Realvertrag notwendig ein Vorvertrag vorausgehen muß. Es kommen im täglichen Leben oft Fälle der Darlehnshingabe vor, bei denen kein Vorvertrag abgeschlossen wird. Freilich ist Schloßmanns Auffassung des Darlehns und des Darlehnsvorvertrages nichts Selbständiges, sondern das mit jedem Realvertrag verbundene konsensuale Element. Aehnlich ist die Meinung von Stintzing, die besagt: „Von Anfang an besteht die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft und dieselbe verwandelt sich auf Anfordern des Berechtigten in eine Erfüllungspflicht. Die ganze Verpflichtung ist eine einheitliche mit zwei Stadien, aber nicht eine Mehrheit von selbständigen Schuldverhältnissen.“ In einem anderen Sinne treten Foester-Eccius[5] gegen die Selbständigkeit des Vorvertrages auf. Sie suchen den Vorvertrag dadurch zu recht-

1) Ein Vergleich mit den Vorschriften über die Schenkung bestärkt dies Ergebnis. Hier unterscheidet das Gesetz: Die Vermögenszuwendung (Schenkung), das Schenkungsversprechen und den Schenkungsvertrag. Um den Schenker vor übereilten Schenkungen zu schützen, bedurfte es nur eines strengen Formerfordernisses für das Schenkungsversprechen, d. i. die einseitige Erklärung (Antrag) des Schenkers, nicht dagegen für den ganzen Schenkungsvertrag. Der Schenkungsvertrag ist Konsensualvertrag und als solcher Vorvertrag zur Schenkung selbst, dem Realvertrag.

2) Motive I. S. 178.

3) Storch S. 53.

4) Schloßmann S 79.

5) Förster-Eccius aaO. § 77.

fertigen, daß sie annehmen, der Hauptvertrag sei zwar geschlossen, aber mit der Bedingung: „si volet creditor". Es liegt, wenn auch bedingt geschlossen, ein beide Teile bindender, nicht noch besonders zu schließender Vertrag in dem Vorvertrag vor, und das formlose Verlangen des Berechtigten ist die Erfüllung der Bedingung, deren Eintritt ihn ohne weiteres wie berechtigt, so verpflichtet. Daß der Vorvertrag aber ein selbständiger Konsensualvertrag ist, der durch die Vereinigung zweier korrespondierender Willenserklärungen zustande kommt, ist bereits oben S. 9 ausgeführt.

Aus der obigen Begriffsbestimmung des Darlehnsvorvertrags und dem Zweck der Vorverträge als Sicherungsgeschäfte ergibt sich von selbst die Absonderung unechter Fälle des Vorvertrages.

Es sind dreierlei Arten von Darlehnsvorverträgen denkbar: Zunächst ein pactum de mutuo dando, in dem der Darlehnsgeber die Hingabe eines Darlehns verspricht. Dieses pactum kommt im täglichen Leben häufig vor: Der Kapitalist verpflichtet sich, dem Darlehnssucher eine bestimmte Summe als Darlehen zu geben. Seltener ist die zweite Art der Darlehnsvorverträge: das pactum de mutuo accipiendo, durch welches sich der Darlehnsnehmer zur Annahme des Darlehns verpflichtet. Dies pactum dient dem Interesse eines Kapitalisten, für welchen ein Kapital zur bestimmten Zeit verfügbar wird. und welcher sich die verzinsliche lukrative Anlegung des Kapitals sichern will. Es ist in der Praxis selten und kommt hauptsächlich vor in Gestalt einer Subscription auf bestimmte verzinsliche Wertpapiere auf den Inhaber und Zuteilung solcher zur Lieferung.[1] Die dritte und die in der Praxis häufigste Art des Darlehnsvorvertrages ist das zweiseitig verbindliche pactum: Jede Partei wird verpflichtet, die eine zum Geben, die andere zum Nehmen des Darlehns. Welche Art des Darlehnsvorvertrages vorliegt, ist Auslegungssache. Das pactum de mutuo accipiendo und das zweiseitig verpflichtende pactum haben natürlich nur beim verzinslichen Darlehen Sinn, da es sonst für den Darlehnsgeber an jedem Vermögensinteresse am Zustandekommen des Darlehns mangelt.[2] Endlich muß bei sämtlichen Arten von Darlehnsvorverträgen eine Frist im Vorvertrage gesetzt werden. Würde sie fehlen, so könnte die Gebundenheit bis zum Tode des

1) Vgl. Planck II. S. 544; Staudinger II. S. 987; Eisele S. 26; Regelsberger S. 411.
2) Eisele S. 26, 29; Schey S. 173.

Gebundenen — und womöglich noch darüber hinaus infolge Haftung der Erben — fortdauern. Der Gebundene würde der Willkür des andern ausgesetzt sein.

Der Vorvertrag enthält also die Bitten der Einigung zum Darlehen, ist aber noch nicht der Darlehnsvertrag selbst. Das Verhältnis ist, wie das zwischen Kaufvertrag und Eigentumsübertragung.

Die Erfüllung dieses Vorvertrages ist der Abschluß des Darlehnsvertrages, den der Pfandleiher dadurch vollzieht, daß er dem Verpfänder die Darlehnssumme aushändigt.

§ 6.

Der Darlehnsvertrag.

a) Wesen und Entstehung des Vertrages.

Hier drängt sich uns die Frage nach dem Wesen des Darlehnsvertrages, insbesondere die Frage nach der realen oder konsensualen Natur des Darlehnsvertrages auf, die in der Literatur von den verschiedensten Gesichtspunkten aus eingehend erörtert worden ist und hier kurz angeschnitten werden muß, da je nach der verschiedenen Beantwortung der Frage die juristische Würdigung einer Darlehnsbegründung verschieden ist. Der wesentlichste Unterschied zwischen der Real- und Konsensualvertragstheorie, der praktisch die weittragendsten Folgen hat, liegt in der Bewertung der Sachleistung (res), die nach der Realtheorie contrahendi, nach der Konsensualtheorie solvendi causa erfolgt. Nach der Realtheorie wird das Darlehn erst durch den Akt sachlicher Hingabe begründet, erst die Hingabe erzeugt die Klagbarkeit des Darlehnsvertrages. Dem gegenüber behaupten die Anhänger der Konsensualtheorie: Beim Realkontrakt könne sich der consensus zeitlich von der Hingabe trennen, er könne ihr z. B. vorangehen, dann sei aber durch den consensus der Vertrag schon geschlossen; die Parteien seien darüber einig, daß das, was demnächst hingegeben werde, Darlehen sein solle, und zugleich habe der zukünftige Schuldner die Rückgabeverpflichtung übernommen. Das Darlehn sei also Konsensualvertrag. Die Auffassung der spezifischen Darlehnsverpflichtung ist eine verschiedene. Diese ist nach der Realtheorie die Verpflichtung zur Rückgewähr einer empfangenen Quantität Fungibilien in Sachen gleicher Art, Güte und Menge; nach der Konsensualtheorie aber die Verpflich-

tung zur Empfangnahme einer Quantität Fngibilien verbunden mit der Pflicht zur Rückgabe nach stattgehabtem Empfang.

Unbestritten gehörte das Darlehn unter der Herrschaft des röm. Rechts zu den Realverträgen, d. h. zu denjenigen Kontrakten, die auf Grund einer Vermögenshingabe klagbar sind.[1] Das älteste uns bekannte Darlehnsgeschäft des römischen Rechts ist ein feierlicher Akt per aes et libram. Dieses nexum entstammt einer Zeit, in der der Parteiwille allein noch nicht als fähig galt, die gewollten Rechtsfolgen zu erzeugen, vielmehr bedurfte man zur Bestimmung des Parteiwillens beim Darlehen der Stipulation. Und schließlich wird das Darlehn in Form des Realkontraktes abgeschlossen. Wenn nun auch das gemeine Recht an der Realkontraktsnatur des Darlehns festhielt, so führten doch einige Schriftsteller gegen die Realtheorie an, es seien infolge der Ablösung der röm. Formstrenge durch Formfreiheit und Anerkennung der Klagbarkeit der pacta nuda alle Verträge Konsensualverträge geworden. Die Vertreter dieser Theorie gingen von der Ansicht aus, daß jede Vereinbarung, ein Darlehn geben oder nehmen zu wollen, jeder sogenannte Vorvertrag mit dem Darlehn ein Geschäft bilde; in der Uebergabe der Darlehnsvaluta sei lediglich ein Erfüllungsmoment des Vertrages zu erblicken. Auch für das moderne Recht sind ähnliche Folgerungen gezogen. So behaupten die Anhänger der Konsensualvertragstheorie, vor allem Kohler:[2] Das Darlehn komme als Konsensualvertrag lediglich durch die Uebereinstimmung zweier Personen, ein Darlehn geben und nehmen zu wollen, zustande. Hiermit gäben die Parteien sofort definitive, endgültige Versprechen ab; der Darlehnsnehmer sei bereits zur Rückzahlung gebunden. Aber verpflichtet die Einigung, die dem Empfang der Darlehnsvaluta vorausgeht, ohne weiteres tatsächlich zur Rückgabe? Es ist die Behauptung aufgestellt worden: Die Obligation auf Rückgabe setzt Hingabe voraus.[3] Dem ist entgegen zu halten, Rückgabe setze freilich Hingabe voraus, dagegen könne eine Verpflichtung zur Rückgabe sehr wohl ohne Hingabe bestehen. Wer das Gegenteil behaupte, verlange, daß man sich zu nichts verpflichten könne, was nicht sofort geleistet werde.[4] Mit Unrecht hat Eisele[5] hier-

1) S hm aaO. § 79; Endemann aaO. S. 1154 Anm. 1.
2) Kohler im A. f. b. R., Bd. 2 S. 211 ff; 33 S. 1 ff.
3) v. d. Pfordten, S 297.
4) Brinz (Kr Bl.) Nr. 1, S. 25; Sintenis II. S. 257.
5) Eisele S. 16.

gegen Einwand erhoben: Rückgabe ohne Hingabe sei anerkanntermaßen unmöglich. Die Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe sei also eine Verpflichtung zu etwas Unmöglichem. Es ist dabei von Eisele verwechselt die oft unmögliche Pflicht, früher zu leisten, als ein bestimmter Umstand eintritt, mit der stets möglichen, früher als ein bestimmter Umstand eintretenden Pflicht zur Leistung.[1] Aber selbst, wenn man der Ansicht folgen will, daß man begrifflich sehr wohl schon vor dem Empfang der Sache den Willen erklären könne, nach dem Empfang die Sache zurückzugeben, so heißt das doch nichts anderes als: Der Empfang ist die Bedingung der Rückgabepflicht. Will man also die Einigung beim Darlehn als Vertrag ansehen, so würde sie ein bedingter Vertrag sein; die Bedingung bestände in der Hingabe und Hinnahme der Sache. Die Wirkung des Vertrages würde durch eine Bedingung hinausgeschoben sein. Dies Resultat läßt sich aber mit dem Gesetz nicht vereinigen; denn es setzt für die Entstehung der Pflicht den Empfang voraus. (§ 607 B. G. B.) Die Wiederholung im Vertrage macht aber eine Gesetzesvoraussetzung nicht zur echten Bedingung.

Daß die Einigung, die der Darlehnshingabe vorausgeht, ohne weiteres kein Vertrag — noch nicht der Darlehnsvertrag ist — ergibt sich ferner aus der causa des Darlehns. Als causa des Darlehns ist die Ueberlassung der Nutzung von Fungibilien auf Zeit anzusehen. Das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks kann nur die Eigentumsübereignung der Darlehnsvaluta in Verbindung mit der Rückzahlungsverbindlichkeit sein. Es müssen beim Darlehn also zwei Rechtswirkungen vorhanden sein. Der Empfänger muß Eigentümer vertretbarer Sachen und zur Rückgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet werden. Wenn hier die Einigung der Uebergabe vorausgeht, so hat sie für sich allein keine Wirkung; denn das Gesetz knüpft den Eigentumsübergang an beide Voraussetzungen. Die Einigung in Verbindung mit der Uebergabe bilden erst den Vertrag, der den Eigentumsübergang herbeiführt, nicht schon die Einigung allein. Hieraus folgt für das Darlehn: Die Einigung über Hin- und Rückgabe der Darlehnsvaluta ist noch nicht der Darlehnsvertrag selbst; es muß vielmehr noch die Eigentumsübergabe hinzukommen.

Gegenüber den Anhängern der Konsensualvertragstheorie steht

1) Adler S. 195.

die herrschende Meinung des modernen Rechts, die den Darlehnsvertrag als Realkontrakt auffaßt; so vor allen Staudinger:[1] Das Darlehn ist die entgeltliche oder unentgeltliche, im Interesse des Empfängers erfolgte Hingabe von vertretbaren Sachen in das Eigentum des Empfängers mit der Verpflichtung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Das Darlehn ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, es erzeugt ausschließlich Verbindlichkeiten des Empfängers, und zwar auf Rückgabe der entsprechenden Summe, daneben bei dahingehender Abrede auf Leistung von Zinsen. Der Vertrag kommt erst mit der Hingabe der Darlehnsvaluta zustande. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Darlehnsgeber und Darlehnsnehmer trägt den Charakter eines Realvertrages in dem Sinne, daß das Schuldverhältnis durch den Akt sachlicher Hingabe begründet wird. In ähnlicher Weise treten Oertmann[2] und Eck-Leonhard[3] für die reale Natur des Darlehns ein: Die res, der Empfang der Sache, erfordert keineswegs die Notwendigkeit einer realen Hingabe der Darlehnsvaluta im Sinne eines Formerfordernisses, sondern habe nur die Bedeutung, daß die spezifische Darlehnspflicht an die materielle Ueberführung eines entsprechenden Wertquantums in das Vermögen des Empfängers gebunden sei, und diese Ueberführung braucht sich eben nicht durch die körperliche Hingabe zu vollziehen. Oertmann und Eck-Leonhard folgen mit ihrer Ansicht der Richtung derer, die für das gemeine Recht den Standpunkt vertreten, daß der Begriff der Vermögenszuwendung sich von der sinnlichen Form der Hingabe emanzipiert habe. Begründet wurde diese Ansicht durch zwei Stellen des röm. Rechts, welche die Darlehnsbegründung durch indirekte Valuta-Regulierung für zulässig erklärten. (Ulpianus 1,15 D. 12,1 und Africanus 1, 34 pr. D. 17,1.)

Einen erfolgreichen Versuch, das Wesen der res, diese als Form aufgefaßt, festzustellen, hat Manigk[4] unternommen. Nach ihm kommt es der Rechtsordnung bei allen Realgeschäften lediglich auf das Resultat des corpus, den Besitzerwerb oder den Verlust an. Das in einem Rechtsgeschäfte vom Gesetz neben der Willenserklärung geforderte corpus sei nicht als eine corpus-Handlung zu qualifizieren,

1) Staudinger aaO. Vorbem. 2 zu § 610.
2) Oertmann S. 578.
3) Eck-Leonhard S. 506.
4) Manigk aaO. S. 192—195; denselben Standpunkt nimmt Enneccerus, Rechtsgeschäfte S. 489 ff. ein.

da das Gesetz gar keine Handlung einer Person verlange, sondern als das Verhältnis, in dem diese Person zur Sache stehe. Das corpus sei ein Besitzverhältnis; gleichgültig sei, wodurch dieses bewirkt werde und wer es bewirke. Realgeschäfte sind diejenigen Rechtsgeschäfte, in deren Tatbestand neben dem Willen oder der Willenserklärung des Handelnden noch ein corpus verwirklicht werden muß. Es ist unrichtig, wenn man das in einem Geschäftstatbestande gesetzlich geforderte corpus als eine Handlung qualifiziert und ihr daraufhin irgendwelche rechtlichen Eigentümlichkeiten einer solchen zumutet. Wo die Rechtsordnung einen dem Willen einer Person entsprechenden Rechtserfolg noch von einem corpus abhängig macht, verlangt sie nämlich gar keine Handlung jener Person, sondern es kommt der Rechtsordnung in diesen Fällen nur darauf an, daß diese Person, von einer bestimmten Willensrichtung in ihr abgesehen, in einem bestimmten Verhältnis zu einer Sache steht. Nicht eine corpus-Handlung ist in den Realgeschäften Tatbestandsmerkmal, sondern ein corpus, d. h. ein Besitzverhältnis. Ebenso ist das Darlehn gemäß § 607 B. G. B. als ein Realgeschäft in diesem Sinne anzusehen, da die Verpflichtung zur Rückerstattung die Hingabe der res voraussetzt. Jedoch braucht die letztere nicht in einer Handlung des Darlehnsnehmers zu bestehen. Dies deutet Abs. 2 § 607 an. Es genügt auch hier die bloße Einigung, daß die bereits im Besitz des Schuldners befindlichen Fungibilien als Darlehn geschuldet werden. Wie die Fungibilien in den Besitz des Schuldners gekommen sind, ist gleichgültig. Abs. 2, § 607 B. G. B. denkt zwar nur an den praktisch besonders wichtigen Fall, daß das Besitzverhältnis auf einem bereits vorhandenen Schuldverhältnis beruht. Dies ist aber nicht nötig. Es ist daher folgendes Prinzip aufzustellen: Ueberall, wo in einem Rechtsgeschäftstatbestande neben der Willenserklärung ein corpus gefordert wird, braucht dieses nicht in einer zwischen den Parteien vorzunehmenden Handlung zu bestehen; es kommt vielmehr nur auf den Effekt; nämlich die Herstellung (resp. Aufhebung) eines Besitzverhältnisses an, und es ist gleichgültig, wodurch letzteres bewirkt wird.

Wie stellt sich nun das Gesetz zu dieser Frage? § 607 B. G. B. bestimmt: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Wer Geld

oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen." Eine jeden Zweifel ausschließende Stellung hat das B.G.B. nicht eingenommen. Es erklärt das Darlehn weder für einen Real- noch für einen Konsensualvertrag; aber der Schluß auf die reale Natur ist der nächstliegende und verständliche. Es ist jedenfalls ohne weiteres nicht möglich, aus der Fassung des § 607 Abs. 2 B. G. B. auf die Konsensualnatur des Darlehns zu schließen, da § 607 Abs. 2 lediglich von der Schuldumwandlung spricht und die Gleichsetzung der Wirkungen des Darlehnsgeschäftes und des Umwandlungsvertrages keineswegs dieselbe materielle Natur der Geschäfte bedingt. Spricht nun der Wortlaut des Gesetzes auch nicht unzweifelhaft für die Realnatur des Darlehns, so lassen m. E. die Worte: „Wer empfangen hat, ist verpflichtet — — —" kaum einen anderen Schluß zu. Die Hingabe des Darlehnsgegenstandes gehört also zum Tatbestande des Darlehnsvertrages und dieser ist erst mit der Hingabe vollendet. Wenn Schloßmann[1] meint, daß der § 610 B. G. B. für die Konsensualtheorie spreche, so ist es m. E. abzulehnen, denn das Gesetz stellt im § 610 B. G. B. das Darlehnsversprechen, den Darlehnsvorvertrag, in ausdrücklichen Gegensatz zum Darlehnsvertrage. Auch die Motive[2] weisen m. E. deutlich auf die Realnatur des Darlehns hin: „Unleugbar bleibt, daß der Darlehnsvertrag sich von den Verträgen, die man bisher als Konsensualverträge zu bezeichnen pflegte, in manchen nicht unerheblichen Punkten unterscheidet."

Das Gesetz kann also kaum anders als für die Realnatur des Darlehns sprechend ausgelegt werden, aber auch nach den Gesichtspunkten der Parteiabsicht und der Verkehrsauffassung gehört das Darlehn in erster Linie zu den Verträgen, die fast durchweg als Realverträge abgeschlossen werden. Es entspricht dem Parteiwillen und der Verkehrsanschauung, erst dann von einer Verpflichtung aus einem Darlehn zu reden, wenn die Darlehnsvaluta gegeben und genommen ist. Die Anschauung des täglichen Lebens läßt das Darlehn nicht vor Hingabe der Valuta begründet sein. So hebt Dernburg[3] hervor, es entspreche völlig der Auffassung des Verkehrs und

1) Schloßmann aaO. S. 71.

2) Motive II. S. 306.

3) Dernburg P II. S. 21.

des Lebens, daß die Verbindlichkeiten aus dem Darlehn erst an die Empfangnahme der Valuta geknüpft seien. Besonders scharf verficht Crome[1] diesen Standpunkt mit den Worten: „Jede andere Auffassung ist gekünstelt, preßt das Leben in die Schablone grauer Theorie und richtet sich, nicht etwa durch den Mangel an Logik, aber durch Mangel an Kontakt mit dem, was täglich vor unseren Augen vorgeht." Wenn nun auch die Auffassung des Darlehns als Konsensualvertrag nicht schlechthin zu verwerfen ist, so sprechen doch die konkreten gesetzlichen Bestimmungen, die geschichtliche Entwicklung und die Verkehrsanschauung für die praktische Brauchbarkeit unseres Ergebnisses. Das Darlehn ist im Zweifel Realvertrag.[2]

b) Die aus dem Darlehnsvertrage entstehenden Verpflichtungen.

Aus dem Darlehnsvertrag (contractus unilateralis) an sich entsteht für den Schuldner als einzige Verpflichtung die Rückgabe des Empfangenen in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge (tantundem eiusdem generis.) In keinem Falle jedoch entsteht dem Gläubiger (Pfandleiher) ein Anspruch auf Pfandbestellung; dies wenigstens aus dem Darlehnsvertrage an sich nicht. Bei der Pfandleihe wird man jedoch sagen müssen, daß in dem Darlehnsvertrage der zweite Vertrag, der Verpfändungsvertrag, implicite enthalten ist, da eben der Pfandleiher nur gegen Pfand Darlehn gibt, und derjenige, der vom Pfandleiher ein Darlehn nimmt, sich damit stillschweigend zur Pfandbestellung verpflichtet. Die Einzelheiten des Darlehnsvertrages unterliegen nach dem bürgerlichen Recht der freien Vereinbarung.

c) Die Beschränkung der Vertragsfreiheit hinsichtlich Zinsen, Fälligkeit, Kündigung und Prolongation des Darlehns.

Im Hinblick auf den Schutz der Darlehnssucher gegen Uebervorteilung sind die Pfandleiher in vielen Punkten in der Vertragsfreiheit beschränkt, so vor allem bezüglich der Höhe der Zinsen und der Art und Weise ihrer Berechnung. Dies stellt sich allerdings als eine Durchbrechung des in § 246 B. G. B. aufgestellten Grund-

1) Crome aaO. S. 371.

2) So die herrschende Meinung: Staudinger S. 967; Oertmann S 577; Manigk S. 192 ff; Planck S. 541; Enneccerus-Lehmann S. 372; Goldmann-Lilienthal S. 608; Crome (Pr. R.) S. 368; Crome (B. G. B.) S. 594; Eck-Leonhard S. 506; Endemann S. 1155, 617; Dernburg (Schuldverhältnisse) S '240; Cosack S. 589; Schey S. 36; Adler S. 212; Kuhlenbeck (B. G. B.) S. 490; Regelsberger (Nachschrift) S. 410; Eisele S. 17; Fischer-Henle Anm. 3 zu § 607; R. G. E. Bd. 39, S. 232; Bd. 52, S. 306; Bd. 66 S. 361; Bd. 71, S. 117.

satzes der Zinsfreiheit dar, entbehrt aber als Schutzvorschrift nicht der Berechtigung. So hat Preußen in § 1 des Gesetzes betreffend das Pfandleihgewerbe v. 17. 3. 81 bezüglich der Höhe der Zinsen bestimmt, daß der Pfandleiher sich an Zinsen nicht mehr ausbedingen oder zahlen lassen darf als a) zwei Pfennig für jeden Monat und jede Mark von Darlehnsbeträgen bis zu dreißig Mark, b) einen Pfennig für jeden Monat und jede den Betrag von 30 Mark übersteigende Mark. Im Absatz 2 ist ein Zinsminimum festgesetzt: „Der Pfandleiher kann zugleich ausbedingen, daß an Zinsen mindestens der Betrag für zwei Monate gezahlt werden müsse, auch wenn das Darlehn früher zurückgezahlt wird. Vorbehaltlich dieser zwei Monate dürfen Zinsen nur bis zur Einlösung des Pfandes berechnet werden. Bei der Berechnung der Zinsen (§ 2 desselben Gesetzes) kommen folgende Vorschriften zur Anwendung.

1. Der Tag der Hingabe des Darlehns wird nicht mit gerechnet;

2. die Monate werden von dem auf den Darlehnstag (zu 1) folgenden Tag bis zu dem ziffernmäßig dem Darlehnstage entsprechenden Tage des letzten Darlehnsmonats, bei dem Fehlen dieses Tages bis zum letzten Tage des letzten Monats berechnet.

3. jeder angefangene Monat wird als ein voller Monat berechnet;

4. läuft der Gesamtbetrag der Zinsen in einen Bruchpfennig aus, so wird dieser auf einen vollen Pfennig abgerundet. Das Vorausnehmen der Zinsen ist verboten; eine anderweitige Verabredung ist nach § 134 B. G. B. nichtig. Für die Fälligkeit der Zinsen gelten die allgemeinen Regeln des B. G. B. (§ 608).

Gemäß § 812 B. G. B. ist der Pfandleiher verpflichtet, das ihm über das erlaubte Maß hinaus Geleistete herauszugeben und vom Tage der Leistung an zu verzinsen. (§ 819 B. G. B.) Für die Verjährung des Herausgabeanspruches gelten die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Um dem Pfandleiher die Möglichkeit zu nehmen, sich unter einem anderen Titel Vorteile zu verschaffen, bestimmt § 3, Pr. Pf. Ges., daß das Ausbedingen oder Annehmen jeder weiteren Vergütung für das Darlehen oder für die Aufbewahrung und Erhaltung des Pfandes verboten ist.

Ebenfalls abweichend vom B. G. B. ist die Fälligkeit des Darlehens geregelt.

Gemäß § 609 B. G. B. wird das Darlehn in Ermangelung einer Vereinbarung über die Rückerstattung erst durch die Kündigung

fällig, deren Zeitdauer je nach dem Betrage des Darlehns verschieden ist. Eine freie Vereinbarung hierüber ist bei der Pfandleihe unzulässig. Das Gesetz schreibt im § 4 zwingend vor, daß die Fälligkeit des von einem Pfandleiher gegebenen Darlehns nicht vor Ablauf von sechs Monaten seit dessen Hingabe eintritt. Entgegenstehende Verabredungen sind nichtig. (§ 134 B. G. B.)

Abweichend vom Reichsrecht, (§ 271 Abs. 2 B. G. B.), wonach der Gläubiger im Zweifel die Rückerstattung des Darlehns nicht vor Fälligkeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann, ist der Verpfänder gemäß § 7 berechtigt, wie nach § 609 Abs. 3 B. G. B. der Schuldner aus einem zinslosen Darlehen, das Darlehn jederzeit bis zum Abschluß des Pfandverkaufs zurückzuerstatten und dadurch das Pfand einzulösen.

Die Prolongation eines Pfandleihgeschäfts, d. i. die Hinausschiebung des Rückzahlungstermins, stellt sich rechtlich nicht als ein neues selbständiges Darlehnsgeschäft dar, weil das Darlehnsgeschäft als Realkontrakt nur durch die Hingabe der Darlehnssumme zustandekommt. Es handelt sich vielmehr bei dieser Prolongation nur um eine Art Stundung des früher gegebenen Darlehns.[1]

Eine der wichtigsten Beschränkungen, denen der Pfandleiher in Hinsicht auf das Darlehnsgeschäft unterliegt, ist die Beschränkung der Verfügung über die Darlehnsforderung. Grundsätzlich kann eine Forderung, auch eine pfandrechtlich gesicherte, von dem Gläubiger unabhängig von der Zustimmung des Schuldners durch Vertrag mit einem anderen an diesen übertragen werden. Der neue Gläubiger tritt an die Stelle des bisherigen (§ 398 B. G. B.). Mit der abgetretenen Forderung gehen gemäß § 401 B. G. B. die Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. Es haftet ihm jedoch der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge, wenn der neue Pfandgläubiger die mit dem Pfandrecht verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder nicht erfüllt (§ 1250, 1251 B. G. B.).

Bei der Pfandleihe dagegen ist diese Abtretungsmöglichkeit der im Geschäftsbetrieb erworbenen Darlehnsforderungen eingeschränkt, insofern als derartige Forderungen an dritte Personen, die nicht Pfandleiher sind, nicht abgetreten werden können. Würde

1) Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts: VII S. 234, Entscheidung vom 9 Juni 1887.

Gemäß § 609 B. G. B. wird das Darlehn in Ermangelung einer Vereinbarung über die Rückerstattung erst durch die Kündigung man den Pfandleihern freie Zessionsbefugnis zugestehen, so wären die in den einzelnen Landesgesetzen, in der Gewerbeordnung[1] und im Strafgesetzbuch[2] zum Schutze der wirtschaftlich schwachen und geschäftlich unerfahrenen Personen vor wucherischer Ausbeutung erlassenen Bestimmungen zwecklos und hinfällig. Diese Ansicht vertritt auch das Reichsgericht:[3] „Durch Einschiebung dieser verantwortungsfreien Forderungsinhaber, die nur auf die Bestimmungen des Darlehnsvertrages, nicht aber, wie die Pfandleiher, auch auf die sonstigen, der Pfandleihe eigenen Beschränkungen Rücksicht zu nehmen brauchen, würde der Zweck des Gesetzes umgangen. Denn wenn auch anzunehmen ist, daß kraft stillschweigender Vereinbarung von den Beschränkungen die privatrechtlichen, die sich auf den Darlehnsvertrag beziehen, auch für die neuen Gläubiger bestehen bleiben, so sind doch die öffentlich rechtlichen (z. B. Pfandverwahrung, Buchführung, Versteigerungsregeln, Behandlung des Erlöses u. s. w.) für ihn nicht verbindlich, besonders nicht, wenn es sich schon um eine wiederholte Zession unter gutem Glauben handelt. Auch könne den Darlehnsnehmern nicht zugemutet werden, dritte Personen als Gläubiger anzunehmen, die der bei den Pfandleihern persönlich vorausgesetzten Garantie entbehren."

Hieraus ergibt sich demnach: Pfandleiher können Darlehensforderungen, die aus ihrem Geschäftsbetrieb herrühren, nicht an Dritte abtreten, die nicht denselben Vorschriften wie die öffentlichen Pfandleiher unterliegen.

§ 7.

Das Verpfändungsversprechen.

Wie auf Seite 8 bereits ausgeführt, liegt in der Frage des Darlehnssuchers, wieviel der Pfandleiher ihm „leihen" wolle unter der Voraussetzung, daß er ihm den Gebrauchsgegenstand verpfände, nicht nur eine Aufforderung zur Abgabe einer Offerte, zu einem Darlehnsvertrage, sondern auch gleichzeitig ein Verpfändungsversprechen, das ebenso wie das Darlehnsversprechen bindend und geeignet ist, den hieraus entspringenden Anspruch im Wege der Klage zu verwirklichen.

---

1) §§ 34 38, 53 und 148 Ziff. 4 a. Gew. O.
2) §§ 290, 360 Ziff. 12, 367 Ziff. 16 St. G. B.
3) R. G. E. i. Zivilsachen Bd. 58 S. 71 ff.

Von Interesse ist hierfür die Stellungnahme des I. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der unter dem Titel „Verpfändungsvertrag“ folgende Vorschriften enthielt: „§ 681; Wer sich gegenüber seinem Gläubiger oder dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet hat, zur Sicherung der Forderung desselben ein Pfandrecht zu bestellen, haftet für die Verschaffung des Pfandrechts nach Maßgabe der Grundsätze, welche für den Fall gelten, wenn die Veräußerung des Rechts an einer Sache oder, sofern das Pfandrecht auf eine Forderung sich bezieht, wenn die Abtretung einer solchen versprochen worden ist.

§ 682: Ist derjenige, welcher sich zur Bestellung des Pfandrechts verpflichtet hat, wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen zum Schadensersatz verpflichtet, so kann der Gläubiger unbeschadet seines Rechts auf Ersatz eines weitergehenden Schadens die Bestellung einer anderweitigen Sicherheit nach Maßgabe der §§ 199 bis 204 verlangen.

Hierzu versichern die Motive,[1] es sei selbstverständlich, daß derjenige, welcher die Bestellung eines Pfandrechts einem anderen zur Sicherstellung einer Forderung des letzteren versprochen habe, diesem Gläubiger zur Bestellung des Pfandrechts, also zur Erfüllung aller zum Abschlusse des dinglichen Vertrages gehörenden Voraussetzungen auch verpflichtet sei; diese grundsätzliche Verpflichtung zur Verschaffung sei nur deshalb ausgesprochen worden, um im Anschlusse an sie die aus ihrer Nichterfüllung sich ergebenden Ansprüche aufstellen zu können.

Wenn die 2. Kommission[2] diese Bestimmungen strich, so geschah dies nicht, weil die Klagbarkeit versagt werden sollte, sondern weil die Ansicht vertreten wurde, daß die Haftung aus der Verschaffungspflicht verschieden zu regeln sei, je nachdem der Vertrag ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher sei. Durch das Eingreifenlassen der allgemeinen Vorschriften würde eine bessere Regelung erreicht werden, als durch das Aufstellen besonderer Vorschriften für den Verpfändungsvertrag.

Als Ersatz wurde dann der § 445 B. G. B. geschaffen, durch den eine genügende Regelung getroffen wird. § 445 sagt: „Die Vorschriften der §§ 433—444 finden auf andere Verträge (abgesehen

1) Motive Bd. 2 S. 685.
2) Protokolle Bd. 2 S. 489.

vom Kauf), die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung. Daß der Verpfändungsvertrag zu den „auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gerichteten Verträgen“ gehört, bedarf weiter keiner Erörterung. Schwieriger dagegen ist die Frage, wann es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt.

Die 1. Kommission schien immer die Entgeltlichkeit angenommen zu haben, was aus dem Mangel der Trennung in bezug auf die Gewährleistungspflicht hervorgeht. Einen ähnlichen Standpunkt nehmen auch Dernburg[1] und Schloßmann[2] ein, indem der erstere den Satz aufstellt, der Verpfänder müsse für omnis culpa einstehen, und Schloßmann meint, das pignus sei niemals Gefälligkeitsgeschäft. Düringer-Hachenburg[3] sagen, man solle die Entscheidung der Frage, im Hinblick auf die Akzessorität des Pfandrechts, von der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Hauptverbindlichkeit abhängig machen. So müßte das für eine Darlehnsforderung gewährte Pfand von dem für ein Schenkungsversprechen gegebenen geschieden und gesagt werden, daß das erstere ein entgeltliches, das zweite ein unentgeltliches sei. Diesen Standpunkt hat scheinbar auch die 2. Kommission vertreten, was sich aus ihrer Stellungnahme zu den §§ 681 und 682 des ersten Entwurfes ergibt.

Doch wird sich m. E. eine Stellungnahme zu dem Meinungsstreit erübrigen, da wir uns zu beiden Ansichten nicht in Widerspruch setzen, wenn wir hier von Entgeltlichkeit sprechen.

Einen selbständigen Verpfändungsvertrag werden wir hier jedoch ablehnen müssen, denn das Versprechen des Darlehnssuchers, ein Pfandrecht zu bestellen, ist ein Teil des oben besprochenen Vorvertrages.

Wie die Verpflichtung zur Pfandbestellung erst eintreten soll, wenn das zu sichernde Darlehn vorgestreckt ist, so ist umgekehrt die Erfüllung des Darlehnsversprechens bedingt durch die gleichzeitige vertragsmäßige Pfandbestellung. Der Pfandleiher gibt das Versprechen, dem Darlehnssucher ein Darlehen zu gewähren nur ab, weil der Darlehnssucher seinerseits die Einräumung eines Pfandrechts verspricht.

1) Dernburgs Pfandrecht I. § 19 S. 161.

2) In Iherings Jahrbuch Bd. 45 S. 47, 56, 67.

3) aaO Bd. 3 S. 215.

Es stehen sich somit Leistung und Gegenleistung im Sinne von §§ 320 ff. B. G. B. gegenüber. Sollten hier also nicht die Regeln über gegenseitige Verträge Anwendung finden? Die juristische Technik erkennt, wie Cosack[1] sagt, einen gegenseitigen Vertrag nur dort an, wo die beiderseitigen Verpflichtungen für das betreffende Geschäft wesentlich von einander abhängige Hauptverpflichtungen sind. Wenn die Darlehnshingabe wirtschaftlich als Kapitalanlagegeschäft, rechtlich als Kauf eines Pfandrechts erscheint, so ist an dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für die auf beiden Seiten zu Gunsten des anderen Teiles übernommenen Leistungen nicht zu zweifeln.[2] Eine ähnliche Ansicht vertritt auch das OLG Hamburg[3] indem es ausführt: „Zwar ist der Darlehnsvertrag ein einseitiger Realkontrakt, das Darlehnsversprechen aber kann sehr wohl ein gegenseitiger Vertrag sein. Wenn jemand verspreche, Mk. 5000 Darlehn gegen Einräumung einer entsprechenden Hypothek zu geben, so stehen sich Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 320 B. G. B. gegenüber. Sind die 5000 Mk. gezahlt, wird aber die Hypothek nicht eingeräumt, so stehen dem Darlehnsgeber unzweifelhaft die Rechte aus § 326 B. G. B. zu. Warum die Sache anders liegen soll, wenn statt der Hypothek eine andere Sicherung zugesichert ist, ist nicht einzusehen.

Der Pfandleiher sowohl wie der Darlehnssucher haben sich in dem Vorvertrage beide verpflichtet, der erstere zur Gewährung des Darlehns, der letztere zur Bestellung des Pfandrechts.

§ 8.
Der Pfandvertrag.
a) Voraussetzungen für die Entstehung des vertragsmäßigen Pfandsrechts.

Durch den auf Grund des Vorvertrages abgeschlossenen Darlehnsvertrag hat der Pfandleiher gegen den Darlehnssucher eine persönliche Forderung erworben, die eine notwendige Voraussetzung für die Entscheidung eines vertragsmäßigen Pfandrechts ist.

Das Pfandrecht ist das Recht des Gläubigers an Vermögensbestandteilen des Schuldners oder eines Dritten auf subsidiäre Befriedigung aus ihnen, falls die sichergestellte Verbindlichkeit nicht

1) Cosack aaO.
2) Juristische Wochenschrift 1909 S. 309 Nr. 4.
3) OLG. Entsch.idungen Bd. 22 S. 291.

gehörig erfüllt wird. Nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 1204 B. G. B.) kann eine bewegliche Sache zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen. In dieser Definition des Gesetzes wird die streng akzessorische Natur des Pfandrechts zum Ausdruck gebracht. Für die Entstehung eines Vertragspfandrechts muß demnach als notwendige Voraussetzung eine persönliche Forderung bestehen, zu deren Sicherung es dient. Aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts folgt, daß im Falle der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Forderung auch das Pfandrecht nichtig und unwirksam ist. Der Verpfänder kann gemäß § 1254 B. G. B. Rückgabe des Pfandes verlangen. Der akzessorische Charakter des Pfandrechts äußert sich ferner in dem Umfang der Pfandhaftung für die Forderung.

b) Umfang der Pfandhaftung.

Gemäß § 1210 B. G. B. haftet das Pfand grundsätzlich für die Forderung, in deren jeweiligem Bestande, insbesondere auch für Zinsen. Dagegen ist die Haftung des Pfandes für Vertragsstrafen sowie für sonstige Kosten und für Verwendungen durch den § 3 des Gesetzes betr. das Pfandleihgewerbe von 1881 ausgeschlossen. Ist nun der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert, sondern nur verringert. Kraft ausdrücklicher Bestimmung haftet das Pfand weiter für die Kosten des Verkaufs (§ 14 Ges. betr. des Pfandleihgewerbe). Von den gemeinschaftlichen Kosten mehrerer Verkäufe sind diejenigen der Bekanntmachung nach der Zahl der Pfandnummern, die der Versteigerung nach Verhältnis des Erlöses zu verteilen. Die reichsrechtlichen Bestimmungen über die Haftung des Pfandes für Nebenforderungen (§ 1210 B. G. B.) müssen auch bei der Pfandleihe als dispositiv gelten.

c) Erfordernisse der Pfandbestellung.

Zur Bestellung des Pfandrechts ist nach § 1205 B. G. B. erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Ist der Gläubiger im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts. Bei der Pfandleihe ist ferner zum Erwerbe des Pfandrechts notwendig, daß der

Pfandleiher das Geschäft in ein über alle solche Geschäfte nach der Zeitfolge derselben zu führendes Pfandbuch einträgt. (§ 5 Pr. Pfandleihgesetz). Es erfordert also die Verpfändung beweglicher Sachen grundsätzlich einmal die reichsgesetzlichen Voraussetzungen, die Einigung, den dinglichen Vertrag über Pfandbestellung und Gegenstand des Pfandes und die Besitzübergabe, außerdem bei der Pfandleihe noch Eintragung ins Pfandbuch. Was zunächst die Einigung anbetrifft, so ist dies der abstrakte dingliche Vertrag, der auch bei der Verpfändung für fremde Schuld formlos ist.[1] Für ihn gelten die allgemeinen Grundsätze. Der Rechtserwerb tritt unabhängig von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäfte ein. Wird der mit dem Kausalgeschäft verbundene Zweck nicht erreicht, so kann der Pfandrechtserwerb durch die persönliche condictio oder durch die Einrede gegen die Klage auf Erfüllung rückgängig gemacht werden; denn der Erwerb des Pfandrechts vollzieht sich selbständig und unabhängig von dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft durch den dinglichen Vertrag, durch die Einigung des Pfandleihers und des Verpfänders über die Pfandbestellung.

Diese Einigung muß sich aber auf eine individuell bestimmte Sache beziehen; Generalhypotheken des römischen Rechts sind durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt worden, da sie mit dem Zwecke des Pfandrechts und außerdem mit den gesetzlichen Formen der Pfandbestellung nicht zu vereinbaren sind.[2]

Zu fordern sind für die Einigung die allgemeinen Voraussetzungen eines jeden rechtsgültigen Vertrages wie Handlungsfähigkeit, vorhandener Wille, Erklärung des Willens, also besonders keine Differenzen zwischen Wille und Erklärung. Einer ausdrücklichen Erklärung, daß die Sache „verpfändet“ werden soll, bedarf es jedoch nicht, es genügt, wenn z. B. beim Geldverleiher in Verpfändungsabsicht die Sache „in Verwahrung gegeben“ wird.[3] War die Einigung nichtig, so entsteht auch trotz der Uebergabe der Pfandsache kein Pfandrecht.

Da das Pfandrecht mit Rücksicht auf seine dingliche Wirkung der äußeren Kundbarmachung bedarf, so ist als zweites reichsrechtliches Erfordernis für die Verpfändung beweglicher Sachen die

---

1) Rechtspr. der OLG. Bd. 5 S. 323.

2) Mot. III S. 597/98.

3) R. G. E. in Zivilsachen Bd. 30 S. 215.

Besitzübergabe aufgestellt. Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen kann dritten Personen gegenüber nur dann erworben werden, wenn die Verpfändung offensichtlich ist, damit jedermann die Einschränkung des Eigentums sehen kann; der dem Schuldner entzogene Besitz ist das Zeichen der Belastung.[1]

Ueber diese Frage äußert sich das Reichsgericht:[2] „Die Erkennbarkeit ist das allgemeine kennzeichnende Merkmal dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse. Diese Erkennbarkeit des dinglichen Rechts wird bei beweglichen Sachen durch das sich äußerlich kundmachende tatsächliche Herrschaftsverhältnis hergestellt, das Besitz genannt wird. (Vergl. Crome System des bürgerlichen Rechts Bd. 3 S. 6 ff). Eine symbolische Besitzübertragung kennt das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht; es ist überall die Herstellung eines wirklichen, tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses erforderlich, das sich als solches äußerlich kennzeichnen muß, nicht in dem Sinne, daß es von allen erkannt werde, aber daß es von allen, die darauf achten, erkannt werden könne. Die Erkennbarkeit des Besitzes ist deshalb kein besonderes Merkmal des Pfandbesitzes an beweglichen Sachen; aber sie erlangt bei der Verpfändung beweglicher Sachen für den Rechtsverkehr besondere Bedeutung. Vergl. Entscheidung des RG. in Zivilsachen Bd. 53 S. 218; Bd. 66 S. 258; Bd. 71 S. 248; Bd. 74 S. 146; Protokolle der 2. Komm. Bd. 3 S. 443." Der Rechtserwerb des Pfandes wird abhängig gemacht von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt seitens des Pfandgläubigers über die Pfandsache, wodurch der Verpfänder an jeder eigenmächtigen Disposition über die Pfandsache gehindert wird. Es kann also ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand[3] bestellt werden. Ohne Uebergabe ist ein Pfand recht nicht denkbar; doch kann die Uebergabe Hand zu Hand durch brevi manu traditio und Abtretung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger ersetzt werden, weil hierbei ein Gewaltverhältnis des Pfandgläubigers hinsichtlich der verpfändeten Sachen vor-

1) Vergl. Endemann Bd. 2 S. 909.

2) R. G. E. in Zivilsachen Bd. 77 S. 208.

3) Der neuere, erst seit der Reception angenommene, der kurhessischen Rechtssprache angehörende Ausdruck „Faustpfandrecht" — über den Ursprung des Wortes vgl. Meibom S. 37 und Endemann B. G. B. III S. 907 § 136 Note 5 — ist dem B. G. B. fremd; es spricht schlechthin vom Pfandrecht; im Entwurf I. Lesung war das Pfandrecht an beweglichen Sachen in § 1145 ausdrücklich als Faustpfandrecht bezeichnet. Im jetzigen Reichsrecht findet sich der Ausdruck nur noch in der Z. P. O. § 804 (Vgl. Endemann Bd. II, 1, § 234 Note 2, S. 894.)

liegt und die Erlangung des Gewaltverhältnisses seitens des Pfandgläubigers das Entscheidende ist. (§ 1205 B. G. B.) Es muß jedoch bei Abtretung des mittelbaren Besitzes Anzeige der Verpfändung an den dritten unmittelbaren Besitzer hinzukommen, wodurch nach § 409 B. G. B. der unmittelbare Besitzer an den Pfandgläubiger gebunden wird. Nicht erforderlich ist, daß der Besitz ein ausschließlicher ist, es genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitze eines dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann. (§ 1206 B. G. B.)

Das constitutum possessorium des § 930 B. G. B. ist gemäß § 1253 Abs. 1 B. G. B. unmöglich, da es hierbei an der Publizität fehlt.

Außer den reichsrechtlich vorgeschriebenen Erfordernissen, der Einigung und der Uebergabe, wird für die Begründung des Pfandrechtes, wie bereits erwähnt, noch die Eintragung in das Pfandbuch verlangt. Die Eintragung muß enthalten:

1. eine laufende Nummer,
2. Ort und Tag des Geschäftes,
3. Vor- und Zuname des Verpfänders,
4. den Betrag des Darlehns,
5. den Betrag der monatlichen Zinsen,
6. die Bezeichnung des Pfandes,
7. die Fälligkeit des Darlehns.

(§ 5 Pr. Pfandleihgesetz).

Versäumt der Pfandleiher die Eintragung, so macht er sich nach § 360 Ziff. 12 St. G. B. strafbar. Im übrigen ist zwischen strafrechtlichen und zivilrechtlichen Folgen zu unterscheiden.

Strafrechtlich gelten die Gegenstände auch ohne die Eintragung als „in Pfand genommen"; der § 290 St. G. B. findet also Anwendung. Zivilrechtlich ist ohne die Eintragung ein Pfandrecht nicht zur Entscheidung gelangt, sodaß der Pfandleiher auch nicht die durch das Pfandrecht begründeten Rechte erwirbt, also hauptsächlich nicht das Verkaufsrecht. Unerhebliche Nichtausfüllung ist nach Ansicht Dernburgs,[1] der man sich anschließen darf, nicht von Einfluß. Ein

1) Dernburg III § 278 S 816 Note 5.

erhebliches oder vollständiges Unterlassen der Eintragung dagegen verhindert die Entstehung des Pfandrechts.

Die vom § 6 des Pr. Pfandleihgesetzes vorgeschriebene Ausstellung des Pfandscheines ist für das Zustandekommen des Pfandvertrags bedeutungslos.[1]

Aber zur wirksamen Begründung des Pfandrechts genügt noch nicht allein die Befolgung der oben erwähnten Formen. Der Verpfänder muß verfügungsberechtigt sein. Von dieser grundsätzlichen Voraussetzung geht auch der § 1205 aus, welcher erfordert, daß der zu verpfändende Gegenstand vom Eigentümer übergeben wird, daß also Verpfänder und Eigentümer ein und dieselbe Person ist. Die Folge davon ist, daß an sich nur dem vom Eigentümer als dem Berechtigten, bestellten Pfandrecht Wirksamkeit zukommt. Es gilt jedoch bei der rechtsgeschäftlichen Verpfändung von Sachen, wie bei der Eigentumsübertragung der Grundsatz: Hand wahre Hand. Deshalb kann der Pfandgläubiger gemäß § 1207 B. G. B., der die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 für entsprechend anwendbar erklärt, auf Grund guten Glaubens auch das von einem Nichteigentümer bestellte Pfandrecht wirksam erwerben, es sei denn, daß die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Da besonders häufig gerade die Pfandleiher von Dieben und Hehlern angegangen werden, um die durch strafbare Handlungen erlangten Sachen bei ihnen zu verpfänden und so zu Geld zu machen, ist diese Betrachtung von besondere Wichtigkeit.[2]

Es wird also unter denselben Voraussetzungen endgültiges Pfandrecht erworben, unter denen vom Nichteigentümer Eigentum erlangt wird. Dieses ist nur konsequent; denn wenn der redliche Erwerb bei völlständiger Uebertragung der Sache an den Erwerber ausschlaggebend ist, so muß er es auch dann sein, wenn die Sache als Befriedigungsobjekt übergeben wird.

Der Eigentümer wird deshalb nicht ungerecht behandelt, weil er

---

1) Vgl. besonders Drucksachen des Herrenhauses 1880/81 Nr. 5 und Jur. Wochenschrift 1884 S. 123 Nr. 52

2) Die Rechtsfolgen der Verpfändung durch einen Nichtberechtigten gehören nicht zu den „Vorschriften über den Geschäftsbetrieb“ und unterliegen daher den Bestimmungen des B. G. B., was Art. 94 E. G. zum B. G. B. deutlich erkennen läßt. Diese Ansicht wird auch von der 2. Kommission vertreten. Im Pr. Pfandleihgesetz sind keine Bestimmungen dieser Art zu finden.

nur die Gefahr trägt, die damit verbunden ist, daß er die Sache aus der Hand gab.[1][2])

Es kann demnach durch Besitzübergabe der Nichteigentümer an einer fremden Sache, sei es, daß er sie für seine eigene hält, sei es, daß er fälschlich vorgibt, sie gehöre ihm, dem gutgläubigen Pfandleiher (d. h. dem nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Versetzenden gehört)[3] ohne Rücksicht auf den Willen des Eigentümers, dann ein gültiges Pfandrecht bestellen, wenn der Pfandleiher zur Zeit der körperlichen Uebergabe[4] im guten Glauben war und die Sache dem Eigentümer nicht gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. In solchem Falle wird, auch wenn der Pfandleiher redlich ist, auch an der fremden Sache kein Pfandrecht erworben, falls es sich hierbei nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt. Der Eigentümer kann aus § 985 B. G. B. mit der rei vindicatio die Sache vom Pfandleiher herausverlangen, ohne ihm weder Lösegeld noch besonders die Darlehnsvaluta zu zahlen.[5]

Die gleichen Wirkungen, die eine Verpfändung seitens eines gänzlich Unberechtigten äußert, treten auch ein, wenn ein beschränkt Berechtigter die Sache verpfändet, z. B. Miteigentümer oder ein durch dingliche Rechte Beschränkter. Es gehen diese Rechte zwar nicht unter, wenigstens von vornherein nicht; anders beim Pfandverkauf, wie beim Eigentumserwerb in § 936 B. G. B., aber das Pfandrecht geht dem Rechte des Dritten vor, mit dem die Sache belastet ist, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Er=

---

1) Vgl Demelius S. 24.

2) Nach deutschem Recht war der Pfandgläubiger, wenn der Eigentümer sich seiner Sache freiwillig entäußerte, und sie dann von einem Dritten verpfändet wurde, nur gegen Ersatz der von ihm auf das Pfand gegebenen Pfandsumme verpflichtet, das Pfand dem Eigentümer herauszugeben; war die Sache jedoch ohne den Willen des Eigentümers aus dessen Besitz gekommen, so konnte der Eigentümer ihre Herausgabe auch ohne Ersatz der Pfandsumme verlangen. Jüdische Pfandnehmer brauchten die Sache nur refuso pretio herauszugeben. (Meibom S. 310|11; Stobbe=Lehmann Bd. II S. 310.

3) Vgl. Motive zum 1. Entwurf Bd. III S. 346.

4) Bei brevi manu traditio ist guter Glaube zur Zeit der Einigung erforderlich, bei Abtretung des Herausgabeanspruchs zur Zeit der Abtretung, also stets bei Vollendung des Bestellungsaktes (Crome S. 823).

5) Außer dem Verbot des § 259 St. G. B. Pfänder entgegenzunehmen, bei denen die Vermutung unrechtmäßigen Erwerbes nahe liegt, besteht für den Pfandleiher gemäß § 5 der Bekanntmachung des Min. d. Innern betr. die Ausübung des Pfandleihgewebes vom 16. Juli 1881 noch die Pflicht, alle ihm von Behörden oder Privatpersonen zugehenden Benachrichtigungen über verlorene oder dem Eigentümer widerrechtlich entfremdete Gegenstände nach der Zeitfolge geordnet aufzubewahren. Auch ist er hiernach verpflichtet, verdächtige Verpfänder oder Gegenstände zur Anzeige zu bringen oder anzuhalten Eine derartige Anzeigepflicht besteht für den Pfandleiher nach Reichsrecht nicht.

werbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. (§ 1208 B. G. B.)

Voraussetzung dabei ist, daß der Pfandleiher vom Verpfänder Besitz erlangt hat.[1] Ist die Sache gestohlen (mit Ausnahme von Geld und Inhaberpapieren), so tritt ein Pfandrechtserwerb nicht ein. Es haftet natürlich der Verpfänder dem Pfandleiher für Schaden und Kosten, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig eine gestohlene Sache versetzt hat. Bei Abtretung des Herausgabeanspruches erlöschen auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht die Rechte, die dem dritten unmittelbaren Besitzer an der Sache zustehen. (§ 936 Abs. 3 (B. G. B.)

Erwirbt also der Pfandleiher vom Nichteigentümer ein Pfandrecht, so muß der wirkliche Eigentümer dieses Pfandrecht gegen sich ganz und gar gelten lassen und kann infolgedessen nur wieder zu seinem unbeschränkten Eigentum gelangen, wenn er durch Zahlung der Darlehnsvaluta die Pfandsache zurücklöst.

d) Gegenstand des Pfandrechts.

Entsprechend dem Wesen des Pfandrechts als einer subsidiären Befriedigungsquelle für eine nicht erfüllte Forderung kommen als Pfandrechtsobjekte nur bewegliche Sachen in Betracht, die Verkaufswert besitzen. Eine erschöpfende Aufzählung der Gegenstände, die vom Pfandleiher als Pfänder angenommen werden dürfen, wird nirgends gegeben, Hamburg nennt im § 1 des Gesetzes als Pfänder: Wertsachen, Mobilien, Geräte, Kleider usw., während Bremen im § 8 dem Pfandleiher verbietet, gewisse Gegenstände als Pfand anzunehmen: vor allem Kleider, Leinen und Betten, wenn sie ekelhaft beschmutzt sind, oder Grund zur Vermutung vorliegt, daß sie von Personen mit ansteckenden Krankheiten benutzt worden sind.

Bei Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmungen macht sich der Pfandleiher gemäß § 360 Nr. 12 R. St. G. B. strafbar, und die Pfandbestellung ist nichtig, da sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. (Vgl. § 9 Bekanntmachung des Min. des Innern betr. die Ausübung des Pfandleihgewerbes vom 16. Juli 1881.)

Welche Gegenstände taugliche Pfandrechtsobjekte sein können, wird mangels landesgesetzlicher Regelung nach Reichsrecht bestimmt.

Daß als taugliche Objekte des Pfandrechts nur solche Gegenstände in Frage kommen können, aus denen der Pfandleiher sich

1) § 239 Abs 1 Satz 2 B. G. B.

wegen seines Anspruchs befriedigen kann, ist bereits oben erwähnt. Für das Pfandrecht untauglich sind vor allem Zeugnisse und ähnliche Urkunden. Dagegen können die nach Z.P.O. § 811 unpfändbaren Sachen sehr wohl gültige Gegenstände eines Vertragspfandes sein, da eine Sache, die unpfändbar ist, nicht auch unveräußerlich ist. Es könnte z. B. ein Geldbedürftiger sein letztes Hausgerät, das ihm sein Gläubiger nicht pfänden lassen durfte, trotzdem beim Pfandleiher versetzen.

Wesentliche Bestandteile einer Sache, die zwar Gegenstand des Besitzes sein können, aber nicht Gegenstand besonderer Rechte, können demgemäß auch nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein.

Im übrigen ist es gleichgültig, ob die Sache vertretbar oder nicht vertretbar ist, ob sie selbständiger Teil einer Gesamtsache oder Zubehör zu einer anderen beweglichen Sache ist, wenn sie nur selbständig verkäuflich ist.

Die Uebergabe einer Sache zum Pfande, durch welche der Pfandkontrakt abgeschlossen wurde, begründet nach röm. Recht nicht nur ein dingliches Recht, sondern auch gleichzeitig einen obligatorischen Realvertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder. Das pignus hatte somit eine Doppelnatur, die sich in den beiden Arten der actiones zeigte. Es waren zwei Klagen gegeben, die actio Serviana oder in rem hypothecaria und ferner die actia pigneraticia in personam directa. Erstere diente zur dinglichen Verfolgung der Pfandsache gegen jeden Besitzer, während der letztere die Durchführung der obligatorischen Ansprüche des Verpfänders gegen den Pfandnehmer aus dem pignus als Realvertrag, insbesondere den Anspruch auf Rückgabe des Pfandes bezweckte.

Im Gegensatz zum römischen Recht nimmt das heutige Reichsrecht nicht den Abschluß von zwei Verträgen an; es hält den Abschluß des obligatorischen Vertrages für überflüssig, nimmt aber ein gesetzliches Schuldverhältnis an zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, das ebenso wie das dingliche Pfandrecht aus dem einheitlichen Pfandverhältnis entsteht. Auf dieses Legal-Schuldverhältnis finden die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Schuldverhältnisse Anwendung, soweit im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches oder in den Landesgesetzen über die Pfandleihe nichts Abweichendes bestimmt ist.

§ 9.

Rechte und Pflichten des Pfandleihers und des Verpfänders aus dem Pfandleihgeschäft.

Gemäß § 1215 B. G. B. ist der Pfandgläubiger zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet und nach § 1223 B. G. B. ist er verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts an den Verpfänder zurückzugeben. Wie sich aus dem 1. Entwurf des B. G. B. ergibt,[1] ist die Verwahrungs- und Rückgabepflicht zu einem gesetzlichen Schuldverhältnisse gestaltet worden. Während die Verfasser des 1. Entwurfs jedoch ein Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer konstruierten, hat die 2. Kommission[2] diesen Standpunkt verlassen, indem sie ein Legalschuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder annahm, weil nach ihrer Meinung zum Schutze des Eigentümers die Vorschriften über den Eigentumsanspruch genügten. Liegt nun auch bei der Aufbewahrung der Pfandsache kein Verwahrungsvertrag im Sinne der §§ 688 B. G. B. ff. vor,[3], [4] so finden doch die Bestimmungen des Verwahrungsvertrages Anwendung, soweit nicht pfandrechtliche Normen ihre Anwendung ausschließen. So steht beispielsweise die Rückgabepflicht aus § 1223 Abs. 1 B. G. B. der Anwendung des § 697 B. G. B. entgegen; der Anwendung des § 695 B. G. B. (jederzeitiges Rückforderungsrecht) widersprechen die §§ 1205 und 1253 des B. G. B.

Diese schon kraft Reichsrecht bestehende Verwahrungspflicht wird noch erweitert und verschärft. So bestimmt § 3 Min. Bek. vom 16. Juli 1881: „Die Pfandstücke sind vom Pfandleiher gegen Feuersgefahr angemessen zu versichern und in einem besonderen Raume oder Behältnis, getrennt von anderen Gegenständen aufzubewahren. Jedes Pfandstück ist mit einer mit der Eintragung ins Pfandbuch korrespondierenden Nummer zu versehen." Außerdem wird dem Pfandleiher durch Min. Bek. vom 1908 sogar eine Versicherung gegen Einbruchsdiebstahl obligatorisch gemacht.

Dem Verbot der Weiterveräußerung und Weiterverpfändung der Darlehnsforderung steht bezüglich des Pfandvertrages die Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der Pfandsachen gegenüber. So wird

---

1) Vgl. die §§ 1156—1161 d. E. I.

2) Protokolle Bd. III. S 456.

3) Vgl. R G. E. i. Zivilsachen Bd. 12 S. 87.

4) Planck zu § 1215 (4. Aufl. 1920).

nach § 290 St. G. B. eine unbefugte Ingebrauchnahme der in Pfand genommenen Gegenstände durch die Pfandleiher bestraft, wobei unter „Ingebrauchnahme“ nach Ansicht des Reichsgerichts[1] jede Verwendung, also auch die Weiterverpfändung, die sich juristisch als eine Art des Gebrauchs darstellt, zu verstehen ist. Zivilrechtlich macht sich der Pfandleiher bei unbefugter Ingebrauchnahme dem Verpfänder gegenüber schadensersatzpflichtig aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung heraus gemäß den allgemeinen Regeln des B. G. B., er haftet also insbesondere für jeden Zufall der Beschädigung. Im übrigen hat er nur diligentia quam in suis zu beobachten und zu vertreten. Er wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird, (§275 Abs. 1 B. G. B.) ohne die auf das Pfand gegebene Darlehnsforderung zu verlieren. Für den Fall eines konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten hängt die Ersatzpflicht des Pfandleihers, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes gemäß § 254 B. G. B. von den Umständeni insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist.

Im übrigen hat der Pfandleiher gemäß § 276 B. G. B. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten und den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen, insbesondere haftet er gemäß § 278 B. G. B. auch für jedes Verschulden seiner Vertreter oder Gehilfen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeitt bedient, im gleichen Umfange wie für eigenes Verschulden.

Nach älterem deutschen Recht haftet der Pfandgläubiger nicht nur für culpa, sondern auch für casus, (sogenannte Sachhaftung des deutschen Rechts.[2])[3]) Dagegen hat er nach heutigem Recht nur omnis diligentia zu vertreten und wird nur bei verschuldeter Verschlechterung oder verschuldetem Untergang ersatzpflichtig.

Verletzt der Pfandleiher die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort, so kann der Verpfänder gemäß § 1217 B. G. B. verlangen, daß das Pfand auf Kosten

1) R. G. E. i. Strafsachen Bd. 8, S. 269.

2) Vgl. Sachsenspiegel III Art. 5 § 5.

3) Stobbe II, 2, S. 311, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 2 III. Aufl. 1896.

des Pfandleihers öffentlich hinterlegt oder an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird. Statt der Hinterlegung oder Ablieferung der Sache an einen Verwahrer kann der Verpfänder gemäß § 1217 Abs. 2 die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen.

Aus dem Verpfändungsverhältnis entspringt für den Pfandleiher neben der Verpflichtung zur Aufbewahrung auch eine Verpflichtung zur Rückgabe der verpfändeten Sache an den Verpfänder nach dem Erlöschen des Pfandrechts (§ 1223 Abs. 1 B. G. B.) Nach dem Wortlaut des § 1223 Abs. 2 B. G. B. kann aber der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes nicht nur „nach, sondern sogar „gegen" Befriedigung des Pfandgläubigers, d. h. Zug um Zug verlangen. Dies hat zu bedeuten, daß der Verpfänder nicht vorzuleisten braucht, sondern bis zur Leistung des Pfandgläubigers (nämlich Rückgabe des Pfandes) seine Gegenleistung zurückhalten kann; das Erbieten der Befriedigung des Pfandgläubigers gehört demnach zur Begründung des Klageanspruchs. Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder kann außer durch Erfüllung auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung gemäß § 1224 B. G. B. erfolgen.

Außerdem ist der Pfandleiher gemäß § 7 des Pr. Pfandleihgesetzes zur Rückgabe verpflichtet, da der Verpfänder das Pfand jederzeit bis zum Abschluß des Verkaufs einzulösen berechtigt ist.

Macht der Pfandleiher Verwendungen auf das Pfand, so bebestimmt sich gemäß § 1216 B. G. B. die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ohne Unterschied, ob es sich um notwendige Aufwendungen handelt oder nicht. Der Pfandleiher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er das Pfand versehen hat, wegzunehmen. (ius tollendi) Die Ansprüche des Pfandleihers auf Ersatz von Verwendungen verjähren gemäß § 1226 B. G. B. in 6 Monaten, berechnet vom Tage der Rückgabe des Pfandes an.

Eine Verpflichtung, Verwendungen auf die Pfandsachen zu machen, besteht für den Pfandleiher nicht, nur hat er nach § 1218 Abs. 2 B. G. B. dem Verpfänder von dem drohenden Verderb unverzüglich Anzeige zu machen, sofern nicht die Anzeige untunlich ist. Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Wert-

minderung des Pfandes zu besorgen, so ist der Verpfänder gemäß § 1218 Abs. 1 berechtigt, die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Realsicherheit zu verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen. Gemäß § 1219 B. G. B. kann der Pfandleiher, falls seine Sicherheit durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Wertes gefährdet ist, zum Sicherheitsverkauf schreiten. Die Versteigerung des Pfandes ist erst zulässig, nachdem sie dem Verpfänder angedroht ist, was jedoch unterbleiben darf, wenn das Pfand dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist. Im Falle der Wertminderung ist außer der Androhung erforderlich, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist.

Der Pfandleiher hat den Verpfänder von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatz verpflichtet. Die Androhung, die Fristbestimmung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, falls sie untunlich sind. (§ 1220 B. G. B.)

Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Pfandgläubiger gemäß § 1221 B. G. B. den Verkauf aus freier Hand zum laufenden Preise bewirken. Der erzielte Erlös tritt an die Stelle des Pfandes.

Schließlich ist noch die Verpflichtung des Pfandleihers zur Eintragung des Pfandgeschäftes in das Pfandbuch und zur Ausstellung des Pfandscheins zu erwähnen. Das Pfandbuch ist gemäß § 5 des Pr. Pfandleihgesetzes und nach §§ 1 ff. der Bek. des Min. des Innern nach genauer Vorschrift zu führen und einzurichten. Gemäß § 6 des Pr. Pfandleihgesetzes ist der Pfandleiher verpflichtet, dem Verpfänder einen Pfandschein zu geben, welcher eine wörtliche Abschrift der auf das Geschäft bezüglichen Eintragung im Pfandbuch enthält und mit der Namensunterschrift des Pfandleihers versehen ist.

Weicht der Inhalt des Pfandscheines von dem Inhalt des Pfandbuches ab, so gilt die dem Pfandleiher nachteiligere Feststellung.

Der Pfandschein enthält somit:

1. laufende Nummer,

2. Ort und Tag des Geschäfts,
3. Vor- und Zunamen des Verpfänders,
4. den Betrag des Darlehns,
5. den Betrag der monatlichen Zinsen,
6. die Bezeichnung des Pfandes,
7. die Zeit der Fälligkeit des Darlehns.

§ 8: Bis zum Ablaufe von 3 Wochen nach Fälligkeit des Darlehns erfolgt die Einlösung des Pfandes nur gegen Rückgabe des Pfandscheins.

Sind seit der Fälligkeit des Darlehns 3 Wochen verflossen, so kann der Verpfänder das bis dahin nicht eingelöste Pfand auch ohne Vorlegung des Pfandscheins einlösen.

§ 17: Der Inhaber des Pfandscheins ist dritten Personen, insbesondere dem Pfandleiher gegenüber, zur Ausübung der Rechte des Verpfänders berechtigt, ohne die Uebertragung dieser Rechte nachweisen zu müssen.

Aus allen diesen gesetzlichen Vorschriften, die den Pfandschein behandeln, können wir jedoch kein vollständiges Bild von dem Wesen und von der Rechtsnatur des Pfandscheins gewinnen. Es erscheint daher an dieser Stelle ein Vergleich mit wesensähnlichen Papieren unter besonderer Berücksichtigung des Pr. Pfandleihgesetzes zweckmäßig und angebracht, um die rechtliche Bedeutung des Pfandscheins für das Pfandleihgeschäft zu ergründen.

Zu einem Vergleich mit dem Pfandschein sind die Namens-, Inhaber- und Legitimationsurkunden sowie die Beweisurkunden im engeren Sinne heranzuziehen.

Bei den auf den Namen lautenden Papieren, sogenannten Namenspapieren, kann nur der Träger des Namens die Rechte aus dem Papier geltend machen. Er muß sich also als solcher dem Schuldner gegenüber besonders ausweisen; andererseits wird der Schuldner durch Leistung an den nicht legitimierten Inhaber des Papiers von seiner Schuld nicht befreit.

Den Gegensatz hierzu bildet das auf den Inhaber lautende Papier, sogenannte Inhaberpapier. Bei diesem kann der Inhaber als solcher die Leistung verlangen, ohne den Nachweis seiner Berechtigung führen zu müssen; aber der Schuldner kann die Leistung verweigern, wenn er die Nichtberechtigung des Inhabers bewei-

sen kann. Durch Leistung an den Inhaber wird er jedoch auf jeden Fall von seiner Schuld befreit, auch wenn er bösgläubig ist.

Die Legitimationspapiere können der Form nach sowohl Namens- wie auch Inhaberpapiere sein.[1] Sie werden mit der Bestimmung ausgegeben, daß der Schuldner an jeden Inhaber zu leisten berechtigt ist, jedoch dessen Berechtigung nachprüfen darf. Der Schuldner ist also an jeden zu leisten berechtigt, nicht verpflichtet. Die Anspruchsberechtigung richtet sich hier nicht, wie beim Inhaberpapier, nach dem Besitz des Papieres, sondern nach dem zugrunde liegenden obligatorischen Vertrage. Das Legitimationspapier soll hauptsächlich zur leichteren Nachprüfung des Bestehens der Berechtigung,[2] nicht zu dessen Beweise dienen. In der praktischen Verwendung zeigt sich deutlich sein Gegensatz zum Inhaberpapier. Inhaberpapiere werden in großen Mengen auf einmal ausgegeben und bestimmen die Leistung nur ganz generell. Das Legitimationspapier aber bescheinigt den Abschluß eines Einzelvertrages und bezieht sich daher in der Regel auf eine besonders bestimmte Leistung.

Die Beweisurkunden dienen dazu, das Bestehen eines gewissen Rechtsverhältnisses zwischen einer bestimmten Person und dem Aussteller zu beweisen.

Ohne Zweifel haftet dem Pfandschein der Charakter einer Beweisurkunde an, mag er Namens-Inhaber oder Ligitimationspapier sein. Er stellt sich als eine Abschrift des Pfandbuchinhalts dar, bescheinigt also den Abschluß des Pfandleihgeschäfts. Seine Natur als Beweisurkunde ergibt sich auch mit Notwendigkeit aus der Vorschrift des § 6 Abs. 2. Dort stellt das Gesetz die Fiktion auf, daß bei Abweichung des Pfandscheininhalts vom Pfandbuchinhalt zu ungunsten des Pfandleihers der Inhalt des Pfandscheins gilt, wenn dieser den Pfandleiher schlechter stellt. Auch die Natur eines Schuldscheins wohnt dem Pfandschein inne. Es ist nicht unbedingt notwendig, daß ein Schuldschein immer über den Empfang einer Geldsumme ausgestellt wird. Der Schuldschein ist jede über eine Forderung ausgestellte Urkunde, sie mag nur zum Beweise dienen, oder zur Entstehung oder zur Geltendmachung von Belang sein.[3]

1) Oertmann Bem. I zu § 808.
2) Gareis über Legitimationszeichen S. 103/4.
3) Planck III. Bem 2a zu § 952.

Mit der Eigenschaft als Beweisurkunde kann das Wesen des Pfandscheins jedoch noch nicht als erschöpft gelten; denn auch die Besonderheiten eines Legitimations- eines Inhaber- und Namens-papiers haften ihm teilweise an.

So spricht für den Charakter eines Namenspapieres, daß auf dem Pfandschein der Name des Verpfänders, des Gläubigers, enthalten ist. Diesem Umstand werden wir jedoch eine besondere Bedeutung nicht beimessen dürfen, denn einerseits ist der Name nur deshalb aufgenommen, weil der Pfandschein eine Abschrift des Pfandbuchinhalts ist, andererseits spricht gegen die Namenspapiernatur die Bestimmung des § 17, nach welcher der Pfandleiher an jeden Inhaber leisten darf und muß. Brunner[1] hält den Pfandschein für ein Namenspapier mit alternativer Inhaberklausel. M. E. scheint dies nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen zu sein, soll doch der Name nur zum Beweise dafür dienen, daß der Pfandleiher mit dem Benannten den Vertrag abgeschlossen hat; auch wird vom Gesetz durch die §§ 8 und 17 eine alternative Leistung ausgeschlossen.

Ueberwiegend wohnen dem Pfandschein die Eigenheiten des Inhaber- und Legitimationspapiers inne. Er wird auch in der Literatur von einigen als reines Inhaberpapier, von anderen als Legitimationspapier angesehen. Für die erste Ansicht spricht die Vorschrift des § 17, nach welcher jeder Inhaber das Pfand einlösen kann, ohne seine Berechtigung nachweisen zu müssen; der Pfandleiher seinerseits ist zur Prüfung der Legitimation des Inhabers nicht berechtigt. Auch daß der Pfandschein bis zum Ablaufe von 3 Wochen nach Fälligkeit des Darlehns zur Einlösung des Pfandes erforderlich ist und daß der Pfandleiher auch durch Leistung an einen Nichtberechtigten frei wird, spricht dafür. So meint Marcuse,[2] daß der Pfandschein nicht nur wesentlich für die Uebertragung, sondern auch notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung des verbrieften Rechts sei. Das Gesetz gibt dieser Ansicht nur teilweise und auch nur scheinbar Recht. Wir werden daher diese Ansicht ablehnen. Notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung ist der Pfandschein nicht immer, sondern nur, wenigstens für den Verpfänder, bis zum Ablauf der erwähnten Frist. Der Pfandleiher hat zwar

1) Brunner, die Wertpapiere in W. Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts Bd. II. S. 174, S. 235.

2) Marcuse in K. G. Bl. 1891 S. 76; derselben Ansicht ist Olshausen in Schmollers Jahrb. Bd. 30, S. 172.

kein Recht zur Prüfung der Berechtigung des Inhabers, doch ist diese Vorschrift nur eine Verkehrserleichterung und nicht mitbestimmend für den Charakter des Papiers. Der Inhaber kann zwar die Leistung fordern und hat auch ein Klagerecht, doch tritt der Inhaber, der nicht zugleich materielles Gläubigerrecht hat, also nur auf Grund der bloßen Innehabung klagt, dem Pfandleiher nicht als Gläubiger gegenüber, sondern nur creditoris loco Dies bringt auch der § 17 zum Ausdruck, wo es heißt: „Der Inhaber ist zur Ausübung der Rechte des Verpfänders berechtigt."

Berechtigt ist also nur der Verpfänder oder derjenige, auf den das Recht aus dem Papier übertragen ist. Hätte der Gesetzgeber aus dem Pfandschein ein Inhaberpapier machen wollen, so wäre dies sicherlich in dem Wortlaut des Gesetzes unzweideutig zum Ausdruck gekommen. Der Gesetzgeber hat es aber ausdrücklich vermieden, dem Pfandschein die Natur eines Inhaberpapiers zu geben. So sagt der § 7 Abs. 1: „der Verpfänder ist berechtigt" und nicht „der Pfandscheininhaber". Noch deutlicher kommt dies im § 17 zum Ausdruck, wo es nicht heißt: „Der Inhaber des Pfandscheins" ist berechtigt, die Leistung zu verlangen, sondern: „dem Inhaber stehen die Rechte des Verpfänders zu."

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Pfandschein ein Legitimationspapier im Sinne von § 808 B. G. B. ist, wo gesagt wird: Wird eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann, so wird der Schuldner durch Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit.

Beeim Pfandschein kommt jedoch noch die Modifikation hinzu, daß der Aussteller, der Pfandleiher, nicht berechtigt ist, die Legitimation des Inhabers zu prüfen, sondern an jeden Inhaber zu leisten verpflichtet ist. Von Bedeutung für den Rechtsverkehr mit dem Pfandschein ist es, ob dieser neben dem Charakter einer Beweisurkunde und eines Legitimationspapieres auch den eines Wertpapieres besitzt und den für diese im Bürgerlichen Gesetzbuch mannigfach gegebenen besonderen Vorschriften[1] zu unterwerfen ist.

1 §§ 232 235 inkl., 238 (Sicherheitsleistung); 272 (Hinterlegung); 437 Abs. 2, 445, 515 (Veräußerung); 700 Abs. 2 (depositum irregulare); 702 (receptum cauponis); 764 (Differenzgeschäft); 783 (Anweisung auf Wertpapiere); 1292 ff. (Verpfändung); 1667 (Sicherstellung der Wertpapiere eines Kindes;) 1807 ff (Vormundschaftliche Verwaltung); 1960 (Sicherung nachgelassener Wertpapiere).

In der Literatur sind die Ansichten hierüber geteilt.

Diejenigen, die in dem Pfandschein ein Inhaberpapier[1] sehen, halten ihn naturgemäß auch für ein Wertpapier, denn nach ihrer Meinung ist der Pfandschein nicht allein wesentlich für die Uebertragung, sondern auch notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung des verbrieften Rechts.[2]

Andere sagen, der Pfandschein müsse deshalb Wertpapier sein, weil der Charakter einer deklaratorischen, d. h. einer Beweisurkunde, sein Wesen nicht erschöpfe und er eine konstitutive Urkunde ohne Zweifel nicht sei, da der Pfandvertrag nicht durch ihn, sondern durch die Abrede zwischen dem Verpfänder und Pfandleiher und die darauf erfolgende Eintragung in das Pfandbuch begründet werde. Es bleibe deshalb, sofern die Einteilung in deklaratorische und konstitutive Urkunden sowie Wertpapiere richtig sei, nur übrig, daß der Pfandschein Wertpapier sei.[3]

Demgegenüber verneinen andere die Wertpapiereigenschaft des Pfandscheins, weil der Anspruch aus ihm nicht durch die Innehabung des Wertpapiers bedingt sei oder auch, weil der Pfandschein nicht über eine vertretbare Leistung ausgestellt sei.[4])[5])

Jacobi kommt bei einem Vergleich des Erneuerungsscheins mit dem Pfandscheine zu folgendem Ergebnis: „Die Elastizität des Wertpapier-Begriffs und der einzelnen Gruppen der Wertpapiere, die Möglichkeit der Uebergänge vom W. P. zum Nicht-W.P. und von einer Gruppe von W.P. zur anderen erklärt die Eigenart des E. Sch's. Der E. Sch. hat in dieser Beziehung eine Aehnlichkeit mit dem Pfandschein nach dem pr. Gesetz über die gewerbsmäßige Pfandleihe vom 17. März 1881. Auch beim Pfandschein ist jeder Inhaber als solcher wie beim E. Sch. auch zu seinen Gunsten als Berechtigter legitimiert. (§ 7 des Gesetzes). Der Pf.Sch. ist also insofern wie der E.Sch. Inhaberpapier. Der Pf.Sch. ist auch bis zum Ablauf von 3 Wochen nach Fälligkeit Wertpapier und zwar in höherem Maße als der E.Sch., da in dieser Zeit das Recht ohne den Pfandschein nicht ausgeübt werden kann, auch irgend ein Ersatz

1) U. a. Olshausen in Schmollers Jahrb. Bd. 30 S 172; Marcuse in K. G. Bl. 1891 S 76.

2) So Marcouse aaO. S. 75.

3) Vergl. K. G. Bl. 1891 aaO.

4) Jacobi aaO. S. 367|68.

5) Jacobi in Ehrenbergs Handb. des Handelsrechts Bd. 4, 1. Abt 1917 S. 538 Anm. 85 a

dafür nicht geboten ist. Aber nach diesen 3 Wochen kann der Verpfänder auch ohne das Papier die Leistung fordern, d. h. der Pfandschein hört auf, einzigstes Legitimationsmittel zu sein. Die Legitimation hat jetzt — offenbar neben ihm — der Verpfänder. (§ 8 des Ges.) Der E.Sch. ist also nie, der Pf.Sch. ist nach Zeitablauf nicht einziges Legitimationsmittel. Der E.Sch. hat gegenüber dem Pf.Sch. nach Zeitablauf insofern mehr Wertpapiereigenschaft, als die Vorlegung des E.Sch's. nur dadurch ersetzt werden kann, daß bei der Rechtsausübung selbst ein bestimmtes anderes Papier vorgelegt werden muß, der Schuldner also Ereignisse in der Vergangenheit, aus denen die Person des Berechtigten hervorgehen soll, nicht weiter in Berücksichtigung zu ziehen braucht, während er beim Pf.Sch. nach den 3 Wochen prüfen muß, ob der Ansprecher auch derjenige war, der ihm früher mal die Sache verpfändet hat. Aber einmal war, wie gesagt. Der Pf.Sch. ist bis zum Zeitablauf einziges Legitimationsmittel, und andererseits ist er auch insofern jetzt noch mehr Wertpapier als der E.Sch., als er r. A. n. den Inhaber, der sich neben dem Verpfänder meldet, in höherem Maße legitimiert als der Verpfänder legitimiert ist. Denn der Verpfänder erhält nach Fristablauf nur deshalb die Legitimation, weil auf diesem Wege das Aufgebot erspart und ersetzt werden sollte. Das Aufgebot versagt aber, wenn das Papier selbst vorgelegt wird.

Dernburg[1] dagegen ist anderer Ansicht: „In dem Falle, daß 2 Prätendenten auftreten, welche das Pfand verlangen, nämlich der Inhaber des Pfandscheins und der Verpfänder, muß letzterer, wenn ihm der Pf.Sch. gestohlen ist oder er sonst Ursache zu haben glaubt, daß der Inhaber des Pfandscheins ohne Recht das Pfand vom Pfandleiher fordere, ein gerichtliches Verbot an diesen erwirken, dahingehend, daß er die Pfandsache dem Inhaber des Pf.Sch. nicht aushändigen darf. Er meint, daß dann darüber, wer das Pfand zu fordern hat, durch Feststellungsklage zwischen den beiden Anwärtern zu entscheiden sei.“ Eine Feststellungsklage im Sinne der Z.P.O. ist wohl sicherlich nicht am Platze. Mit dem Vorschlage Dernburgs ist aber dem Pfandleiher nicht geholfen. Aus dem Pfandleihgesetz (§§ 7 ff.) geht deutlich hervor, daß in fraglichem Falle beide, sowohl der Verpfänder wie der Pf.Sch.-Inhaber, die Herausgabe des Pfan-

1) Das Bürgerl. Recht III 1898 § 277 Ziff 4 S 753.

des vom Pfandleiher verlangen können. Entgegen Dernburg vertritt Eccius[1] den Standpunkt, daß nichts übrig bleibe, als dem Pfandleiher zu gestatten, sich unter den Berechtigten den auszusuchen, von dem er das Pfand einlösen lassen will. Die Herausgabe der Pfandsache an den so Ausgewählten wird ihn auch dann von seiner Schuld befreien, wenn er schon vorher von dem Anspruch des anderen Kenntnis erhalten hatte.

Ob die Regeln über die Wertpapiere und insbesondere über die Inhaberpapiere auf den Pfandschein Anwendung finden können, kann hiernach natürlich nicht schlechthin bejaht oder verneint werden, (am wenigstens kann dies mit L. G. I Berlin, Bl. f. Rechtspfl. 1887, S. 74 davon abhängig gemacht werden, ob der Pfandschein „Träger des Rechts"[1] sei oder nicht), sondern richtet sich danach, ob der Grund der einzelnen Regeln auch noch auf den Pf.Sch. zutrifft. Die Besitznahme des Pf.Sch.'s würde nach Jacobi's Ansicht für die Zwangsvollstreckung insoweit erforderlich sein und genügen, als der Pfändungspfandgläubiger binnen der 3 Wochen das Pfandrecht ausübte, nachher fiele sein auf bloße Pfändung des Papiers gegründetes Pfandrecht zusammen.

Anderer Meinung ist das L. G. I Berlin a. O. Es war der Anspruch des Verpfänders gegen den Pfandleiher von einem Zwangsvollstreckungsgläubiger gepfändet und überwiesen. Der Pfandleiher hatte trotz des ergangenen Pfändungsbeschlusses die Pfandsache dem Inhaber des Pf.Sch.'s ausgehändigt. Der Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wurde für begründet erachtet, mit der Begründung: „Der Pfandschein ist nicht Träger des Rechts, da nach § 8 Abs. 2 des Pfandleihgesetzes der Verpfänder, wenn seit der Fälligkeit des Darlehns 3 Wochen verflossen sind, das Pfand ohne Vorlegung des Pf.Sch.'s einlösen kann. Die Nichtaushändigung des Pf.Sch.'s hindert nur die Verwirklichung des Rechts des Zwangsvollstreckungsgläubigers, nicht die Entstehung des Pfandrechts desselben. Auf § 5 kann sich der Beklagte nicht berufen, da das Gesetz über die Fälle eines Konfliktes zwischen dem Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger und dem Inhaber des Pf.Sch.'s nicht entscheidet. Gemäß § 182 A. L. R. I 20 hat der Pfandgläubiger in solchem Falle das Pfand gerichtlich niederzulegen."

---

1) Eccius Pr. Priv. R Bd. 3 § 196.

2) Vergl. hierzu Jacobi aaO. S. 342 ff.

Wir werden uns jedoch der Ansicht von Jacobi anschließen, der die Wertpapiereigenschaft des Pfandscheins grundsätzlich verneint. Eine Begriffsbestimmung der Wertpapiere ist im B.G.B. nicht gegeben. Es wird aber der von Brunner aufgestellte und allgemein anerkannte Begriff eines Wertpapiers hier Verwendung finden können. Ein Wertpapier ist danach „eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist",[1] oder wie Oertmann[2] sagt: Ein Papier, bei dem die Urkunde nicht nur zum Beweise oder der Entstehung, sondern auch der Fortdauer des Rechts dient, so daß dieses in seinem ganzen Werdegang von der Urkunde getragen und gewissermaßen verkörpert wird, die Innehabung der Urkunde zur Ausübung des darin verbrieften Rechts notwendig ist."

Der Pfandschein ist zwar ohne Zweifel eine Urkunde über ein Privatrecht, nämlich über das Recht des Verpfänders, auf Grund des Pfandleihvertrages von dem Pfandleiher die Rückgabe des Pfandes zu fordern. Die Verwertung dieses Privatrechts ist aber nicht durch die Innehabung des Pfandscheins privatrechtlich bedingt. Denn zum Begriffe der Verwertung eines Rechts gehört seine Uebertragung und seine Ausübung, für beide müßte also die Innehabung des Pf.Sch.'s nötig sein, wenn der Pf.Sch. ein Wertpapier wäre.[3] Die Ausübung des Rechts des Verpfänders erscheint allerdings eine Zeit lang den Besitz des Pf.Sch.'s geknüpft, solange die Rückgabe des Pfandes grundsätzlich nur gegen Rückgabe des Pf.Sch.'s erfolgt. Dagegen ist die Uebertragung des durch den Pf.Sch. verbrieften Rechts nicht von der Uebergabe des Schuldscheins abhängig. Allerdings waren bei den Kommissionsberatungen auch Vorschläge in dieser Hinsicht gemacht worden, aber schließlich war doch die Ansicht durchgedrungen, es bedürfe eines besonderen Hinweises darauf nicht, das die Uebertragung der Rechte des Verpfänders nach Maßgabe des in den einzelnen Landesteilen geltenden Rechts zu erfolgen habe.[4] Demnach hat die Abtretung der Pfandleihforderung nach den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. über die Abtretung von Forderungen zu erfolgen, d. h.

1) So Brunner aaO. S. 147 unter 2 Abs. 3.

2) Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. 1 Abs. 2 zu §§ 793 ff.

3) Vergl Brunner S. 147 unter 2 Abs. 2.

4) Vergl. Höinghaus, Bem. zu §§ 6—8 Pr. Pfandleihgesetz S. 29.

durch einen Abtretungsvertrag, der an keine Form,[1] also auch nicht an die Uebergabe des über die Forderung ausgestellten Pf.Sch.'s gebunden ist. (§ 398 B.G.B.) Die Abtretung kann daher gültig erfolgen, ohne daß der Abtretende den Pfandschein im Besitz hat. Der Pf. Sch. folgt aber dem Recht gemäß § 952 B. G. B. wie ein Schuldschein. Der Erwerber des Rechts könnte also, wenn ihm der Schein nicht übergeben wird, diesen mit dinglicher Klage aus § 985 B. G. B. herausverlangen; denn das Eigentum an einem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein steht dem Gläubiger zu.

Wir sehen also, daß durch die Innehabung des Pf.Sch.'s die Abtretung und damit teilweise die Verwertung des Verpfänderrechts privatrechtlich nicht bedingt ist. Somit entfällt ein Begriffsmerkmal der Wertpapiere und damit die Möglichkeit, die Sondervorschriften des B.G.B. über Wertpapier auf den Pfandschein anzuwenden.

Für das Pfandleihgeschäft selbst, insbesondere für die Entstehung der in dem Pfandschein verbrieften Rechtsverhältnisse ist der Pfandschein ohne privatrechtliche Bedeutung. Das Pfandrecht entsteht spätestens mit der Eintragung in das Pfandbuch außerhalb und unabhängig von der Ausstellung des Pfandscheins. Die in dem Pfandschein enthaltene Beurkundung des Rechts ist nicht Entstehungsform des Rechts, sondern nur Beweismittel für den Pfandleihvertrag und für die Entstehung des Rechts.

Neben den erörterten gesetzlichen obligatorischen Verpflichtungen des Pfandleihers kommen noch gewisse Rechte in Betracht, die z. T. bereits oben behandelt sind. So ist der Pfandleiher vor allem zum Besitze der Pfandsache berechtigt. Der Besitz ist ein unmittelbarer, doch ist auch mittelbarer und Mitbesitz denkbar. Der Pfandleiher ist während der ganzen Dauer des Pfandrechts bis zur Einlösung zum Besitz berechtigt, der ihm zur Sicherung seines Rechts auf Befriedigung dient. Er genießt sowohl dem Schuldner als auch jedem Dritten gegenüber possessorischen Schutz, insbesondere ist er zur Selbsthilfe, § 859 B.G.B., zur Abholung (§§ 867, 1005 B.G.B.) und zur Geltendmachung der Klage aus § 1007 B.G.B. berechtigt; er kann die Pfandsache von jedem zurückfordern, doch ist er dem gutgläubigen Erwerber gegenüber beschränkt wie der Eigentümer. (§§ 1227, 985 B.G.B.)

---

1) Auch nicht bei einer Abtretung schenkungshalber, denn in der Abtretung liegt Vollzug der Schenkung, deshalb ist sie formlos. (Vgl. Jur. W. 1907 S. 73 u. 329.)

Ebenso wie für den Pfandleiher entstehen auch für den Verpfänder gewisse Pflichten und Rechte aus dem Pfandverhältnis. Zunächst hat der Verpfänder in gleicher Weise wie der Pfandleiher gemäß § 276 B.G.B. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten und den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen. Besonders haftet der Verpfänder für vorsätzliche oder fahrlässige Schädigungen bei der Verpfändung. Es kann vorkommen, daß das Pfand infolge seiner Beschaffenheit dem Pfandleiher Schaden verursacht, z. B. es verletzt das vom Verpfänder versetzte, nicht entladene Jagdgewehr den Pfandleiher. Angesichts der allgemeinen Bedeutung des § 694, welcher die nach Treu und Glauben zu treffende Entscheidung speziell für den Verwahrungsvertrag ausspricht, steht dessen analoge Anwendbarkeit für die Verpfändung außer Zweifel. Demnach hat der Verpfänder in solchem Falle den Schaden des Pfandleihers zu ersetzen; er kann sich aber durch den Nachweis befreien, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit des Pfandes bei der Verpfändung weder kannte noch kennen mußte, oder daß er sie dem Pfandleiher angezeigt, oder daß dieser sie ohne Anzeige gekannt hat.[1]

§ 10.

Die Beendigung des Pfandleihverhältnisses.

Für die Beendigung des Pfandrechts kommen außer den allgemeinen Beendigungsgründen wie z. B. auflösende Bedingung, Endtermin, rechtsgeschäftliche Aufhebung usw. auch die speziell dem Pfandrechtsverhältnis eigentümlichen Gründe in Betracht: Untergang der Forderung, Untergang der Pfandsache, confusio und endlich der Pfandverkauf, der uns im Rahmen dieser Arbeit besonders interessiert.

Ist die Forderung, die der Pfandleiher gegen den Verpfänder hat, fällig geworden, so hat der Pfandgläubiger, falls er nicht befriedigt wird, das nach allgemeinen Grundsätzen sich ergebende Recht, sich aus der Pfandsache zu befriedigen und zwar durch öffentlichen Verkauf des Pfandes.[2] Dieses Recht kann wirksam durch Parteivereinbarungen nicht ausgeschlossen werden, da das Verkaufsrecht wesentliches Tatbestandserfordernis des Pfandrechts ist.[3]

1) Vergl. Prot. Bd. 3 S. 464|65.

2) Vergl. auch § 9 des Gesetzes betr. das Pfandleihgewerbe vom 17. März 1881.

3) Nach späterem römischen Rechte hatte ein pactum de non vendendo pignore die Wirkung, daß vor dem Verkauf dreimal gemahnt werden mußte. (l. 4 Dig. 13. 7). Im Preuß.

Der Verkauf geschieht ohne vorherige Androhung (§ 1234 Abs. 1) des Verkaufs, aber erst nach einer bestimmten Einlösungsfrist. Ebenso wird ein vollstreckbarer Titel oder eine gerichtliche Ermächtigung zum Pfandverkauf nicht verlangt.[1][2]

Eine vor Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Verabredung, nach der dem Pfandleiher, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist gemäß § 1229 B. G. B. nichtig. Jedoch dürfen die Interessenten nach der Fälligkeit der Forderung eine derartige Vereinbarung treffen.[3]

Außer der Fälligkeit der Forderung ist zu einem rechtmäßigen Pfandverkauf die Innehaltung einer bestimmten Wartefrist und eine gehörige Bekanntmachung des Ortes und der Zeit der Versteigerung erforderlich. Diese schon nach Bürgerlichem Recht nötigen Voraussetzungen werden im Pr. Pfandleihgesetz noch besonders wiederholt. (Vgl. §§ 11 und 12.)

Wie gemäß § 1234 Abs. 2 der Verkauf gewöhnlicher Pfänder nicht vor dem Ablauf eines Monats nach Eintritt der Verkaufsberechtigung erfolgen kann, so kann der Pfandleiher gemäß § 11 S. 2 die Versteigerung nicht früher als 4 Wochen nach eingetretener Fälligkeit des Darlehns betreiben. Diese Bestimmung gibt dem Verpfänder und Schuldner die Möglichkeit, das Pfand auch nach Fälligkeit einzulösen.

Als Ort der Versteigerung wird im § 11 Pr. Pf. L. Ges. die Ortschaft der Gemeinde bezeichnet, in welcher das Pfandleihgewerbe zur Zeit des Geschäftsabschlusses betrieben worden ist.

Ueber die Zeit und den Ort der Versteigerung gibt § 12 Pr. Pf. L. Ges. genaue Richtlinien. Hiernach sind unter allgemeiner

---

Allg. Landrecht hatte es die Wirkung, daß der Gläubiger sich nur aus den Nutzungen befriedigen konnte. (A. L. R. I 20 § 26 und 27) Das Landrecht des Herzogtums Preußen (1620) erkannte dem pactum de non vendendo die Wirkung zu, daß die dagegen verstoßenden Verträge nichtig sein sollten. (IV. Buch, 5. Titel, Artikel 4, § 3)

1) So jetzt geltendes Reichsrecht: § 1233 Abs. 2 B. G B. Die pr. Pfandleihgesetze neueren Datums heben dies auch deshalb nicht hervor, weil die ausdrückliche Bestimmung, daß der Pfandleiher der Erlangnng eines vollstreckbaren Schuldtitels oder einer gerichtl. Ermächtigung nicht bedürfe, gegenüber den allgem. Bestimmungen des B G. B über den Pfandverkauf keine Besonderheit enthalten und deshalb in Wegfall kommen könne. (Vgl. Begründung des pr. Ausf.-Gesetzes S. 671.)

2) Aehnlich dem alten deutschen Recht z. B. A. A. R. I. 20 § 197. Im röm. Recht war der Verkauf des Pfandes völlige Privatsache des Pfandgläubigers. Nicht einmal öffentliche Versteigerung war vorgeschrieben.

3) Die Vereinbarung würde dann allerdings den Charakter der lex commissoria oder Verwirkungsklausel verlieren und als neuer Vertrag anzusehen sein.

Bezeichnung der zu versteigernden Sachen Ort und Zeit sowie Name des Pfandleihers und die laufende Nummer des Pfandbuches in einem von der Ortspolizeibehörde für solche Bekanntmachungen zu bestimmenden Blatte bekanntzumachen. Die Bekanntmachung muß wenigstens 2 Wochen und höchstens 4 Wochen vor dem Tage der Versteigerung und darf frühestens am Tage nach der eingetretenen Fälligkeit des Darlehns erfolgen.

Ebenso wie nach § 1235 B. G. B. ist der Verkauf des Pfandes gemäß § 10 des Pr. Pf. L. Ges. im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken.

Was eine öffentliche Versteigerung ist, sagt legaliter § 383 Abs. 3 B. G. B. Demnach hat die Versteigerung durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen.[1] (Oeffentliche Versteigerung.) Kommunale Pfandleihanstalten können jedoch die Versteigerung der Pfänder durch einen ihrer vereidigten Beamten bewirken lassen. (§ 21 Pr. Pf. L. Ges.)

Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Pfandleiher den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person[2] zu laufendem Preise bewirken. (§ 10a Pr. Pf. L. Ges.)[3]

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden; andernfalls ist der Verkauf unrechtmäßig. Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen. (§ 10b Pr. Pf. L. Ges.)[4]

Im allgemeinen zeigen die Bestimmungen des Gesetzes betr. das Pfandleihgewerbe vom 17. März 1881 über den Pfandverkauf eine weitgehende Uebereinstimmung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Nur ganz vereinzelt bestehen abweichende Vorschriften, so vor allem für den Fall, daß der Verpfänder mehrere Gegenstände durch

1) § 36 Gew.O; Freiw. Ger. Ges. Art. 125 ff.

2) Vgl. Preuß. Ausf. Ges. zum B. G. B. Art. 13 u. 14 des E. G. zum H. G. B.

3) Vgl § 1221 B. G. B.

4) Uebereinstimmend mit § 1240 B. G. B.

dasselbe Geschäft verpfändet hat. Während nach § 1230 Satz 1 B. G. B. der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, die zu verkaufenden Gegenstände auszuwählen berechtigt ist, gibt § 13 Pr. Pf. L. Ges. dem Verpfänder das Recht, die Reihenfolge zu bestimmen, in welcher die Pfänder anzubieten und zu verkaufen sind. Dies bedeutet keine Ausnahme von dem Grundsatze der Unteilbarkeit der Pfandhaftung. Jede der Sachen haftet für die gesamte Schuld weiter. Stets jedoch darf der Pfandleiher nicht mehr Gegenstände verkaufen, als zu seiner Befriedigung nötig sind. Der Verkauf ist einzustellen, sobald ein Betrag erlöst ist, welcher hinreicht, die Forderung des Pfandleihers an Kapital, Zinsen und Kosten zu decken.

Nach bürgerlichem Recht ist sowohl der Pfandgläubiger wie der Verpfänder berechtigt, bei der Versteigerung mitzubieten. (§ 1239 B. G. B.) Da bei der Pfandleihe die Besonderheit gilt, daß der Verpfänder bis zum Abschluß des Verkaufs das Pfand jederzeit einlösen kann, ist für ihn dieses Recht praktisch nicht von Bedeutung. Erhält der Pfandleiher den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen.

Für die aus dem Verkauf entstehenden Kosten haftet das Pfand gemäß § 14 Pr. Pf. L. Ges.

Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht. Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das Gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtswirkung Gebrauch gemacht wird.[1]

Ueber die Behandlung des Verkaufserlöses und der freigewordenen Pfänder sind im Pr. Pf. L. Ges. eingehende Bestimmungen getroffen worden. Nach § 14 Abs. 2 sind von den gemeinschaftlichen Kosten mehrerer Verkäufe diejenigen der Bekanntmachung nach der Zahl der Pfandnummern, die der Versteigerung nach Verhältnis des Erlöses zu verteilen. § 15 bestimmt dann, daß der Pfandleiher nach erfolgtem Verkaufe unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern

1) § 1238 B. G. B.

den für den Verpfänder nach Abzug der Pfandschuld (einschließlich der Zinsen und etwaigen Gebühren) und der Kosten des Verkaufs verbleibenden Ueberschuß des Erlöses an den Verpfänder zu zahlen und ebenso die freigewordenen Mitpfänder herauszugeben hat. Wird der Mehrerlös nicht binnen 14 Tagen vom Berechtigten abgehoben, so hat der Pfandleiher ihn bei der Ortsarmenkasse unter Beifügung eines betreffenden Auszuges aus dem Pfandbuche zu hinterlegen. Diejenigen hinterlegten Geldbeträge und freigewordenen Pfänder, die nicht binnen Jahresfrist von dem Berechtigten in Anspruch genommen sind, gehen in das Eigentum der Ortsarmenkasse über.

In der Bekanntmachung der Versteigerung ist auf diese Hinterlegung ausdrücklich hinzuweisen. Ist dies unterblieben, so hat der Pfandleiher die erfolgte Hinterlegung in den von der Polizeibehörde bestimmten Blatte auf seine Kosten nachträglich bekanntzumachen.

Die Wirkungen des Pfandverkaufs sind von der Rechtsmäßigkeit der Veräußerung abhängig. War der Verkauf des Pfandes rechtmäßig, so ist der Erwerber rechtlich so gestellt, als wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte. (§§ 1242, 936 B. G. B.) Ist die veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums, soweit der Erwerber in Ansehung dieses Rechts in gutem Glauben war. Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das Gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht.

Der Verkauf ist nicht rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen der Fälligkeit der Forderung sowie die im wesentlichen im § 1243 B. G. B. näher bezeichneten Vorschriften[1] über die Art und Weise des Verkaufs nicht eingehalten worden sind. Ein solcher Pfandverkauf erzeugt grundsätzlich nicht die Wirkungen eines Verkaufs; es wird jedoch der gutgläubige Erwerber durch den § 1244 B. G. B. entsprechend den Vorschriften der §§ 932—934 und 936 B. G. B. unter der Voraussetzung geschützt, daß die Veräußerung des Pfandes

1) Wenn der Pfandleiher bei mehreren Pfändern den Verkauf trotz schon erfolgter Befriedigung fortsetzt, wenn der Verkauf nicht durch öffentliche Versteigerung, oder beim freihändigen Verkauf der Sachen mit Börsen- oder Marktpreis nicht durch die im § 1221 B. G. B. genannten Personen erfolgt, wenn die Bekanntmachung über Ort und Zeit der Versteigerung nicht in gehöriger Weise geschah, sowie endlich, wenn bei Gold- und Silbersachen die Vorschriften über die Zuschlagserteilung verletzt worden sind.

unter Zuziehung eines öffentlichen Organs geschah und die Sache als Pfand verkauft wurde.[1]

Ueber diese notwendigen Voraussetzungen kann auch der gute Glaube niemals hinweghelfen; werden sie erfüllt, so erlangt der gutgläubige Erwerber die gleichen Rechte wie der Erwerber beim rechtmäßigen Verkauf.

Die Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes treten nicht ein, wenn der Pfandleiher eine Sache freihändig als Pfand verkauft, ohne daß ihm ein Pfandrecht zusteht. In diesem Falle wird weder Eigentum erworben, noch erlöschen die Rechte an der Sache. Der Pfandleiher haftet dann natürlich gemäß § 461 B. G. B. wegen Mängel im Recht.

Im Verhältnis des Pfandleihers zum Verpfänder stellt sich der unrechtmäßige Verkauf dar als eine widerrechtliche Verfügung über fremdes Eigentum. Der Pfandleiher hat dem Verpfänder den durch den Verkauf verursachten Schaden zu ersetzen, insbesondere denjenigen Betrag mit Zinsen zu fünf vom Hundert vom Verkaufstag ab zu zahlen, um welchen der Verkaufspreis des Pfandes hinter dessen Wert zurückgeblieben ist. Ebenso hat er die Kosten des Verkaufs selbst zu tragen. Entgegenstehende Verabredungen sind nichtig. (§ 16 Pr. Pf. L. Ges.)

Sind beim Verkaufe unwesentliche Vorschriften verletzt worden, so ist der Pfandleiher nur dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. (§ 1243 Abs. 2 B. G. B.)

Die Verjährungsfrist für die Ansprüche des Verpfänders beträgt gemäß § 16 Abs. 2 Pr. Pf. L. Ges. fünf Jahre. Der Lauf der Verjährung beginnt 4 Wochen nach eingetretener Fälligkeit des Darlehns, oder, wenn der Verkauf des Pfandes später stattgefunden hat, mit dem Tage des Verkaufs. Was schließlich den Pfanderlös anbetrifft, so wird der Pfandleiher Eigentümer des Erlöses, soweit seine Forderung reicht. Als Erlös gilt aber nicht nur der gezahlte Preis, sondern auch das Gebot des Pfandleihers, der den Zuschlag erhalten hat. In gleicher Weise muß dasjenige Gebot eines Käufers gelten, dessen Betrag von dem Pfandleiher als empfangen gilt, weil von dem Käufer Zahlung nicht zu erlangen ist. Reicht der Erlös zur Tilgung der versicherten Forderung nicht hin,

---

1) Vgl. §§ 1233 Abs. 2, 1235 Abs 2, 1240 Abs 2 und 1244 B. G B.

fällt also der Pfandleiher mit seiner Forderung ganz oder teilweise aus, so bleibt die Forderung gegen den Verpfänder bestehen. Im übrigen tritt der Erlös kraft des dinglichen Surrogationsprinzips an die Stelle des Pfandes. Es übertragen sich demnach die Rechte, die an der Pfandsache bestanden und durch den Verkauf erloschen sind, auf den Erlös und gehen auf diejenigen über, denen die erloschenen Rechte am Pfande zustanden; insbesondere geht das Eigentum am Erlös, soweit er nicht in das Eigentum des Pfandleihers fällt, in das Eigentum des bisherigen Sacheigentümers über. An sich ist der Pfandgläubiger, der in dieser Beziehung Schuldner ist, verpflichtet, den Ueberschuß dem Verpfänder zu übermitteln. Im Gegensatz hierzu macht das Gesetz die Schuld zu einer Holschuld. (§ 15 Pr. Pf. L. Ges.)

Bei dem ganzen Verkaufsverfahren des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandleihers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandleiher weiß — nicht auch wissen muß — daß der Verpfänder nicht Eigentümer ist. Dies ist von besonderer Bedeutung für die Herausgabe des überschießenden Erlöses an den Verpfänder.

Lebenslauf.

Am 13. November 1891 wurde ich zu Allenstein in Ostpreußen geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses.

Meine Vorbildung erhielt ich auf den Gymnasien in Allenstein und Liegnitz. Im August 1914 trat ich als Freiwilliger in das 1. Masur. Feldart. Regt Nr. 73 ein und nahm bis zum Ende des Jahres 1918 an den Feldzügen gegen Rußland und Frankreich teil. Seit Februar 1919 widmete ich mich neben kaufmännischer Betätigung dem juristischen Studium und besuchte die Universitäten Marburg, Königsberg und Breslau.

Für die wertvollen Anregungen zur vorliegenden Arbeit spreche ich Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk meinen aufrichtigsten Dank aus.